REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXI
PRIMER TRIMESTRE
PRIMERA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO

1993

RELATORES: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DR. DANILO ROJAS BETANCOURTH

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXI

PRIMER TRIMESTRE DE 1993

PRIMERA PARTE

RELATORES: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DR. DANILO ROJAS BETANCOURTH

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
PRIMER TRIMESTRE DE 1993
PRIMERA PARTE

Presidente

Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Vicepresidente

Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Secretaria General

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Presidente

Dr. YESID ROJAS SERRANO

Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Secretaria: Dra. Katerine Karakalpakis Calderón

SECCION SEGUNDA

Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Presidente

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ

Secretaria: Dra. Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Dr. JUAN DE DIOS MONTES MARTINEZ
Presidente

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Secretaria: Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Presidente

Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

Secretario: Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Presidente

Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA
Dr. MIGUEL VIANA PATIÑO

Secretario: Dr. Octavo Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. HUMBERTO MORA OSEJO
Presidente

Dr. JAVIER HENAO HIDRON
Dr. JAIME BETANCUR CUARTAS
Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO

Secretaria: Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURIAS DELEGADAS

1a. Dra. LIBIA ZULUAGA URIBE
2a. Dra. EDNA COHEN DAZA
3a. Dr. JAIME OSSA ARBELAEZ
4a. Dr. JAIRO MAYA BETANCOURTH
5a. Dra. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ
6a. Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO
7a. y 8a. Dra. LUZ STELLA PEÑA 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

DE LO

CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO

FALTAS CONTRA LA DIGNIDAD DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Inexistencia / EXPEDIENTE - Pérdida

El mero valor semántico del vocablo "ocasionar, poniéndolo en parangón con la actividad desarrollada por el implicado, demuestra objetivamente que no hay una concreta actitud suya que hubiese 'ocasionado' la pérdida del expediente. El expediente reposa en la secretaría de la sección segunda como todos los demás y, al igual que todos ellos, corría la contingencia de ser removido o de permanecer en su lugar, de ser destruido por calamidad imprevista o de ser sustraído o alterado. Es cierto que los expedientes y elementos de trabajo estaban bajo la responsabilidad del secretario; pero no por ello se le puede imputar responsabilidad personal por la pérdida de alguno de esos elementos si no hay una actitud suya determinante, inequívoca que así lo indique. El poco ascendiente que tenía el secretario sobre su personal subalterno, no alcanza tal fenómeno a constituir una 'ocasión culposa' " que hubiera podido dar lugar al extravío del cuaderno procesal.

FALTAS CONTRA LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Inexistencia

El error cometido al fijar en lista el supuesto recurso de súplica, obedece a aquellas equivocaciones simples, no comprendidas dentro de la categoría de "errores inexcusables" por los cuales asume la responsabilidad de los perjuicios que se causen a terceros. Y sería una exageración hacer derivar la pérdida del expediente de su permanencia en la secretaría mientras se suplía el término de fijación en la lista. La falta disciplinaria que se pretende configurar, no tuvo ocurrencia, independientemente de quien hubiera podido ser su hipotético autor.

SALA DISCIPLINARIA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Disciplinaria. - Santafé de Bogotá, D. C., enero 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número C-214.

Actora: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial.

Estando dentro del término para dictar el fallo, entra la Sala a proveer en el proceso disciplinario seguido contra algunos empleados de la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado por la pérdida del Expediente número 4889.

ANTECEDENTES

El día 25 de septiembre de 1990 la doctora Clara Forero de Castro, Presidenta de la Sección Segunda del Consejo de Estado, denunció, en carta dirigida al señor Procurador General de la Nación, la pérdida de un expediente en los siguientes términos:

"De manera atenta me dirijo a usted con el fin de poner en su conocimiento un hecho de gravedad ocurrido en la Secretaría de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cual es la pérdida del Expediente número 4889 en el cual se tramitaba un proceso de nulidad con suspensión provisional de la frase contenida en el artículo 1º del Decreto Reglamentario número 3047 de 1989, que dice:

'...salvo que se trate de un notario en propiedad caso en el cual podrá terminar el período en curso'.

"Las especiales circunstancias que han precedido este hecho, movieron a la Sección Segunda a solicitarle por mi conducto, que la Procuraduría, entidad que cuenta con técnicas, personal y elementos más adecuados, asuma la investigación para determinar si es el caso de iniciar proceso disciplinario contra el personal de la Secretaría que es el siguiente:

Miguel A. Perilla P.	Secretario
Francelina Rincón A.	Oficial Mayor
Eudoro Espitia C.	Oficial Mayor

Blanca Salazar G.	Escribiente
Orlando Benavides R.	Escribiente
Francisco Rodríguez	Escribiente
Alejandro Acevedo R.	Escribiente
César O. Suárez V.	Escribiente
Gerardo Fonseca B.	Citador
Jaime Rivera	Citador

"La Sección Segunda se permite solicitarle que esta investigación se inicie con todo rigor y a la mayor brevedad posible y ofrece a los investigadores toda la colaboración que sea necesaria para que se adelante exitosamente, pues hechos como éste no deben volver a producirse".

A folio 3 del expediente, consta igualmente, la denuncia de carácter penal presentada por el señor Miguel Antonio Perilla ante el Juzgado Penal 33 Municipal de Bogotá. La relación del señor Perilla, Secretario de la Sección Segunda, es la siguiente:

"El día 18 de septiembre del presente año, compareció a la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado, siendo aproximadamente las diez y treinta de la mañana el doctor Bernardo Ortiz Amaya, y solicitó que se le prestara el Expediente número 4889 Decretos del Gobierno, demandante Manuel Ignacio Galvis Esteban, mediante el cual se está demandando la nulidad y suspensión provisional del Decreto 3047 de 1989, expedido por la Presidencia de la República, el empleado que lo atendió empezó a buscar dicho expediente en el cajón en donde se acostumbra a colocar los expedientes que se está ejecutoriando (sic) cualquier auto o que se está tramitando (sic) los recurso (sic) de reposición y súplica, siendo así no se encontró el expediente, de inmediato me comunicarón (sic) los empleados, en seguida di la orden a todos y cada uno de los empleados que trabajan en la Secretaría bajo mi cargo como son así: Francy Rincón Arciniegas, Oficial Mayor; Eudoro Espitia Casallas, Oficial Mayor; Alejandro Acevedo Ramírez, Escribiente; Orlando Benavides Realpe, Escribiente; Francisco Alberto Rodríguez Herrera, Escribiente; César Octavio Suárez Vargas, Escribiente; Blanca Lilia Salazar Galeano, Escribiente; Jaime Ruiz Rivera, Citador; Gerardo Forero Bautista, Citador, de inmediato les di la orden de buscar el

expediente en la Secretaría de la Sección Segunda, en los cuatro despachos de los Consejeros de Estado de la Sección, en las Fiscalías Cuarta, Quinta y Novena que corresponden a dicha sección, dicha búsqueda se llevó a cabo los días 18, 19 y 20 y 21 y parte del día de hoy 24 de septiembre con resultado negativo, de la misma manera llamé telefónicamente a los Tribunales Administrativos de Nariño, Cauca, Antioquia, Boyacá y Atlántico, en donde (sic) se habían enviado expedientes con fecha anteriores a lo sucedido, en cada uno de los Tribunales antes mencionados por parte de cada uno de los secretarios revisaron los expedientes enviados y no se encontró el expediente extraviado. Les (sic) pregunté a la oficial mayor señora Francy Rincón Arciniegas, empleada última que tramitó y vio el expediente, un recurso ordinario de súplica le dije: que si lo había prestado a alguno de los abogados en la baranda, me contestó que no y así sucesivamente con cada una de las personas que antes mencioné, me dieron la misma respuesta, que no lo habían prestado al público; de inmediato procedí a enviarle un informe por escrito a la doctora Clara Forero de Castro, Consejera sustanciadora del expediente y también presidenta de la sección, comentándole lo sucedido; de inmediato la doctora Forero de Castro, el día 21 llamó personalmente a todos los empleados de la Secretaría, uno por uno, para investigarlos sobre el extravío del expediente, no sé cuál sería la respuesta de los empleados. El día 21 de septiembre la doctora Clara me comunicó por escrito que formulará (sic) esta denuncia, en vista de no haberse encontrado el expediente y por saber de que el expediente se encontraba bajo mi responsabilidad en la Secretaría. A los empleados mencionados se pueden (sic) citar a la carrera 9 número 83-55 oficina 208, teléfono 257 62 60". (fls. 3 y 4).

El día 26 de septiembre de 1990, la señora Viceprocuradora General de la Nación designó a dos comisionados de su Despacho a fin de que adelantaran la investigación tendiente a establecer la responsabilidad disciplinaria derivada de la pérdida del Expediente número 4889.

Los comisionados, en cumplimiento de su misión, practicaron una visita especial a las dependencias de la Secretaría de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo. La diligencia tuvo como finalidad "establecer sobre los libros radicadores el movimiento o historial del expediente radicado bajo el número 4889, actor Manuel Ignacio Galvis Esteban, relacionado con la demanda de nulidad y suspensión provisional de una parte del Decreto número 3047 de 1989, expedido por

la Presidencia de la República, las seguridades con que se guardaba dicho expediente y los procesos en general, así como los empleados que en razón de sus funciones tenían a su cargo el movimiento del mismo, a efecto de precisar las circunstancias en que se extravió el mismo". (Acta visible a fls. 6 y ss.).

El informe de la comisión designada por la señora Viceprocuradora con las evaluaciones pertinentes, fue presentado a esta funcionaria el día 5 de octubre de 1990. Parte de ese informe dice que:

> "Como se puede ver de las exposiciones rendidas por los funcionarios y empleados de la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado, queda en claro que ninguno de ellos acierta a concretar las circunstancias en las cuales desapareció el proceso en referencia. No obstante lo anterior, dentro del plenario existen antecedentes que si bien no comprometen de manera directa al doctor Miguel Antonio Perilla, en su condición de Secretario de la Sección, sí ponen de manifiesto una conducta negligente y descuidada frente al trámite un tanto delicado que para ese entonces venía ofreciendo el referido proceso" (fls. 40 y 41).

Pliego de cargos al doctor Miguel Antonio Perilla P.

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, "con fundamento en las anteriores diligencias y el informe rendido por los doctores Alvaro León Zárate y Marco Antonio Santos Molina, Abogado Asesor y Técnico Investigador, respectivamente", dispuso "*Abrir formal investigación disciplinaria* tendiente a clarificar la conducta del doctor Miguel Antonio Perilla en su condición de Secretario de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado", así también, "*Formular pliego de cargos* al doctor Miguel Antonio Perilla, si a ello hubiere lugar" (fl. 45).

Por medio del Oficio número 3052, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, le comunicó al doctor Miguel Antonio Perilla, que dentro del proceso disciplinario de la referencia, en su condición de Secretario de la Sección Segunda del Consejo de Estado, le aparecía el siguiente cargo:

> "Permitir o dar lugar a que con su comportamiento manifiestamente negligente o descuidado se extraviara o perdiera de esa Secretaría el proceso radicado bajo el número 4889, siendo actor el doctor Miguel

Ignacio Galvis Esteban, según hechos ocurridos en el mes de septiembre de 1990".

El oficio, que está fechado el 22 de octubre de 1990, señala bajo el epígrafe "pruebas", "El escrito de queja remitido por la doctora Clara Forero de Castro en su condición de Presidenta de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado (fls. 1 y ss.). El acta de visita especial practicada en las dependencias de la Secretaría de la Sección Segunda (fls. 6 y ss.), conforme a la cual queda establecido que la última actuación que se estaba cumpliendo dentro del referido proceso era una fijación en lista de fecha septiembre 7 de 1990 con ocasión de un recurso de súplica, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 108 y 364 del Código de Procedimiento Civil, y 183 del Código Contencioso Administrativo traslado éste que debió vencer el día 11 de septiembre del mismo año a las seis de la tarde, por lo que a partir del día 12 el expediente tenía que haber pasado al despacho del Consejero Ponente, para el trámite subsiguiente, situación que nunca ocurrió; y solamente hasta el día 18 del mismo mes y año fue que se vinó a echar de menos el proceso, cuando fue reclamado para su estudio por el abogado Bernardo Ortiz Amaya, destacando que para el día 11 de septiembre, fecha en la cual se realizó un nuevo reparto entre los señores Fiscales, el expediente se hallaba en la Secretaría". "...Por lo demás cabe resaltar que los expedientes entregados a cada consejero con fecha septiembre 17 de 1990, no fueron muy numerosos, pues los pasados al despacho de la doctora Clara Forero de Castro, ponente dentro del mencionado proceso, sólo sumaron 12 expedientes (fl. 19), por lo que no se ve una razón valedera para que en la relación de esta fecha no se hubiera percatado del no registro de dicho proceso. Todo lo anterior, en su calidad de Jefe y directo responsable de la buena marcha de la Secretaría de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado".

Como "normas posiblemente infringidas", se citan en el oficio:

El artículo 8º del Decreto 1888 de 1989, que en su literal m) eleva a falta contra la dignidad de la administración de justicia el: "...ocasionar culposamente pérdida de..., expedientes o documentos que hayan llegado a su poder en razón de sus funciones" (fls. 51 y 52). (Oct. 22 de 1990).

Posteriormente, el 25 de enero de 1991, el doctor Miguel Antonio Perilla, mediante el Oficio número 007, fue notificado de un nuevo cargo:

"Tramitar en forma irregular el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el señor Hernán Gómez Gómez contra el auto de agosto 29 de 1990, por medio del cual se confirmó el auto de abril 30 del mismo año, mediante el cual se había decretado la suspensión de la frase 'salvo que se trate de un Notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso', dentro del proceso número 4889, siendo actor Manuel Ignacio Galvis Esteban, según escrito recibido en septiembre 4 de 1990, pues pese a que el recurso extraordinario de súplica se interpuso con fundamento en lo previsto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 21 del Decreto-ley 2304 de 1989, para ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por la Secretaría a su cargo se procedió a continuación a darle trámite como recurso ordinario de súplica mediante fijación en lista de fecha septiembre 7 de 1990, para los efectos de los artículos 108 y 364 del Código de Procedimiento Civil y 183 del Código Contencioso Administrativo".

Normas posiblemente infringidas: "El artículo 9, literal a) del Decreto 1888 de 1989, por incumplir lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 21 del Decreto-ley 2304 de 1989".

Pliego de cargos a Francelina Rincón Arciniegas

El 24 de enero de 1991 la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, "teniendo en cuenta el informe rendido por nuestro funcionario instructor, en el Acta de Visita Especial practicada al proceso número 4889, siendo actor Manuel Ignacio Galvis Esteban (fls. 143, 146)", dispuso vincular a la investigación disciplinaria a la señora Francelina Rincón Arciniegas, en su condición de Oficial Mayor de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ordenando, en consecuencia, la formulación del correspondiente pliego de cargos.

El cargo y las normas violadas, son similares al segundo pliego presentado contra el Secretario, con esta diferencia: "...usted como

Oficial Mayor de la Secretaría de la Sección Segunda procedió a continuación a darle trámite recurso (sic) ordinario de súplica mediante fijación en lista de fecha septiembre 7 de 1990, para los efectos de los artículos 108 y 364 del Código de Procedimiento Civil y 183 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 153, 157, 158).

Pruebas: "El acta de visita especial practicada al proceso número 4889, siendo actor Manuel Ignacio Galvis Esteban (fls. 143 y ss.), así como su propia diligencia de exposición en donde acepta haber tramitado el referido recurso de súplica" (fls. 17 y ss.).

LA CALIFICACION DEL MERITO DE LA INVESTIGACION

El 26 de marzo de 1992, el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, dictó la Resolución 010 por medio de la cual se califica el mérito de la investigación disciplinaria y se formula acusación ante el Consejo de Estado contra los implicados Miguel Antonio Perilla Perilla y Francelina, llamada ahora Francy Rincón Arciniegas.

En cuanto a los resultados de la investigación disciplinaria, concluye la mencionada resolución:

> "A lo largo de la investigación disciplinaria quedó demostrado que el proceso número 4889 siendo (sic) actor Manuel Ignacio Galvis Esteban, fue sustraído de manera irregular de las dependencias de la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado, a mediados del mes de septiembre de 1990. De ello da mérito el escrito de queja (fls. 1A y ss.), la copia de la denuncia penal formulada por tales hechos (fls. 3-4), el acta de visita especial practicada en dichas dependencias (fls. 6 y ss.) y las exposiciones rendidas por los diferentes empleados de la mencionada Secretaría (fls. 11 y ss.).
>
> "Con el acta de visita especial obrante a folios 131 y siguientes y la declaración rendida por el señor Rafael Francisco Suárez Vargas, Secretario de la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado (fls. 134 y ss.), se acreditó en igual forma las (sic) circunstancias en que el referido expediente fue devuelto al Consejo de Estado por intermedio del Correo Nacional, cuando ya se había ordenado la reconstrucción del mismo.

"Es preciso reconocer que dentro de la investigación no existe prueba de cargo que comprometa de manera directa a ninguno de los empleados de la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado, como autores responsables de la sustracción irregular del proceso número 4889 en que es actor Manuel Ignacio Galvis Esteban.

"Surgen sí una serie de antecedentes que comprometen al doctor Miguel Antonio Perilla Perilla, en su condición de Secretario de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al poner de manifiesto una conducta negligente y descuidada frente al trámite procesal que se le dio a último momento al mencionado proceso.

"En efecto, de acuerdo a la revisión del cuaderno original del proceso sustraído y devuelto al Consejo de Estado (fls. 143 a 146) se tiene que con fecha septiembre 7 de 1990 en la Secretaría de la Sección Segunda se le impartió trámite como recurso ordinario de súplica a los escritos presentados por el señor Hernán Gómez Gómez en septiembre 4 y 5 del mismo año, cuando el peticionario lo que reclamaba en primer término era que se le reconociera como parte impugnante e interponiendo el recurso extraordinario de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, contra el auto de agosto 29 de 1990, por medio del cual se confirmó el auto del 30 de abril del mismo año.

"De la misma reseña procesal se deduce, entonces, que el proceso se dilató injustificadamente en las dependencias de la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado, a partir de la ejecutoria del auto de agosto 29 de 1990, por medio del cual se resolvió que no prosperaban los recursos interpuestos por el doctor Bernardo Ortiz Amaya (fl. 144), pues conforme a lo anotado anteriormente era la Consejera Ponente y en últimas la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo quienes debían pronunciarse acerca de la viabilidad del recurso extraordinario de súplica interpuesto por el señor Hernán Gómez Gómez, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989; destacando que solamente hasta el día 18 de septiembre de 1990 se vino a echar de menos el referido expediente, cuando fue solicitado por el doctor Ortiz Amaya.

"Las deficiencias procesales advertidas resultan imputables en primer término al doctor Miguel Antonio Perilla Perilla, como directo responsable de la buena marcha de la Secretaría a su cargo, y por cuanto los Oficiales Mayores de esa dependencia, señora Francy Rincón Arciniegas (fl. 18) y el señor Eudoro Espitia Casallas (fl. 32) aseguran que el proceso debió haber pasado a manos del Secretario para el trámite siguiente, pues la ejecutoria que se estaba surtiendo se había cumplido con mucha anterioridad y fue así como el expediente no fue hallado en su sitio correspondiente, poniendo de presente que el doctor Perilla Perilla estaba muy pendiente de tales actuaciones y las revisaba casi diariamente.

"Acerca del trámite irregular del recurso extraordinario de súplica ya mencionado cabe resaltar que el propio doctor Miguel Antonio Perilla Perilla acepta que fue consultado por la señora Francelina Rincón Arciniegas sobre la prioridad en el trámite que debía dársele a los recursos de súplica pendientes para ese entonces (fls. 188 y ss.).

"En tales condiciones debe concluirse que no resultan aceptables los descargos rendidos por el doctor Miguel Antonio Perilla Perilla, y que por el contrario existe mérito suficiente para solicitar la imposición de sanción disciplinaria en su contra, pues frente a la pérdida o sustracción del expediente tantas veces mencionado su comportamiento resulta erígido (sic) en la falta contra la dignidad de la administración de justicia señalada en el artículo 8º literal m) del Decreto 1888 de 1989; y como consecuencia del trámite irregular del recurso extraordinario de súplica desconoció lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, incurriendo en la falta disciplinaria establecida en el artículo 9º, literal a) del Decreto 1888 de 1989.

"En cuanto hace relación a la inculpada Francy Rincón Arciniegas, es preciso apuntar que ella misma reconoce haber tramitado en forma errónea el referido recurso extraordinario de súplica, aduciendo como excusa el exceso de funciones que tenía que cumplir y las deficiencias visuales que venía sufriendo de tiempo atrás, y sin que se hubiese causado ningún perjuicio.

"Sobre las anteriores explicaciones cabe afirmar que la señora Francy Rincón Arciniegas venía laborando en el Consejo de Estado desde el 3 de octubre de 1984, inicialmente como Escribiente Grado 7 y luego como Oficial Mayor Grado 12 desde el 1º de febrero de 1986, según se desprende de la certificación obrante a folio 177. Esto es, que llevaba un tiempo más que suficiente para que tuviese un cabal conocimiento de sus funciones, y no incurrir así en errores tan simples como es el de confundir dos recursos totalmente diferentes y máxime cuando el impugnante se expresaba con claridad sobre el particular invocando la normatividad correspondiente, como lo pone de presente el acta de visita especial practicada al proceso (fl. 145).

"Respecto a las deficiencias visuales alegadas por la acusada Rincón Arciniegas habría que afirmarse que correlativamente estaba obligada a obrar con mayor diligencia y cuidado en el desempeño de sus funciones, y más aún a procurar su corrección mediante un adecuado y oportuno tratamiento médico.

"El perjuicio sí se presentó toda vez que al imprimirle trámite en la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado a un recurso extraordinario de súplica que no era de su conocimiento, se dilató en forma injustificada el curso normal y oportuno del proceso, que como quedó demostrado en últimas fue sustraído de allí ilegalmente.

"Síguese de lo anterior que tampoco resultan satisfactorias las explicaciones suministradas por la señora Francy Rincón Arciniegas, por lo que se impone la solicitud de sanción disciplinaria en su contra, pues el desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, la coloca incursa en falta contra la eficacia de la administración de justicia según lo previsto en el artículo 9º literal a) del Decreto 1888 de 1989."

Concluyen las consideraciones de la Procuraduría Delegada, haciendo constar que las calidades y ejercicio de los empleados inculpados se encuentran debidamente acreditados y que se debe abonar a su favor, "el hecho de no registrar antecedentes disciplinarios según se desprende de las certificaciones obrantes a folios 209 y 210".

SALA DISCIPLINARIA

Remitido que fue el informativo a esta Corporación a fin de continuar con la etapa de juzgamiento, se integró la Sala Disciplinaria (fl. 247) y se fijó el proceso en lista para los efectos del artículo 41 del Decreto 1888 de 1989.

LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro del término legal, los dos funcionarios acusados presentaron sus razones con las que pretenden la absolución de los cargos que se les hace.

La señora Francy Rincón Arciniegas, quien ocupaba el cargo de Oficial Mayor, manifiesta que la Procuraduría estableció relación de causalidad entre la pérdida del expediente y la circunstancia de que ella hubiera tramitado un recurso de súplica extraordinario como si fuera ordinario, para demostrar que fue simplemente un error lógicamente explicable. Estas son sus palabras:

> "Se trató en realidad de un simple error de apreciación que pudo obedecer al recargo de trabajo en la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado, a parte (sic) de que, como oportunamente expliqué al rendir descargos, padezco de una deficiencia visual.
>
> "La pérdida de un expediente es un hecho que ciertamente reviste mucha gravedad pero no es concebible que pueda relacionársele con el error de una empleada que involuntariamente haya dado curso a un recurso de súplica en forma equivocada. Este hecho puede significar, a lo sumo, que se reponga la actuación.
>
> "Pero lo más incomprensible es que la Procuraduría haya querido establecer una relación de dependencia entre este hecho y la pérdida del expediente. El expediente podía haberse extraviado con ese error o sin él, porque son fenómenos perfectamente extraños entre sí".

Por su parte, el doctor Miguel Antonio Perilla, quien ocupaba el cargo de Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, por medio de apoderado judicial, expuso entre otras cosas:

> "La trayectoria y su historial de funcionario. La relación que aparece en su hoja de vida muestra una carrera ascendente y firme. Nadie

puede negarle su fidelidad y dedicación, ni siquiera quienes fueron sus superiores hasta el momento en que lo declararon insubsistente por idénticas razones a las de este trámite. Dos Consejeros de Estado declararon en este expediente sobre su conducta intachable, sus esfuerzos y su espíritu de servicio.

"Un hecho ajeno a su voluntad y a su capacidad para controlar absolutamente todo el universo de la secretaría le jugó una mala pasada. Hasta ese momento, septiembre 11 a 17 de 1990, su actividad se desarrollaba normalmente. Los roles se atendían conforme a la división de trabajo. No existen investigaciones, ni memorandos, ni evaluaciones que afirmen desgreño en las labores y en la coordinación de los subalternos".

Más adelante expresa:

"No es válido afirmar que el secretario por ser secretario debe asumir sin más todas las deficiencias, irregularidades y errores humanos y técnicos o fallas procedimentales. ¿Entonces de qué sirven los auxiliares y oficiales mayores? Si este fuese el razonamiento lógico lo que se estaría consagrando es una absoluta responsabilidad objetiva y el ejercicio de funciones secretariales como una actividad peligrosa.

"El doctor Perilla logró probar que no ejercía poder absoluto de control ni sobre muebles ni personas. Su petición para que se describiera el espacio del trabajo, las funciones de cada integrante de la oficina y las seguridades internas, perseguía ese objetivo" (fls. 260-261).

LA SALA CONSIDERA

Como antes se dijo, la Resolución 010 por medio de la cual el señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial califica el mérito del sumario y formula la acusación, contiene un juicioso compendio de toda la actuación procesal investigativa. A ella se hará entonces referencia como fundamento de las decisiones a tomar, teniendo, igualmente, en consideración las pruebas que aparecen en el expediente.

Empieza la Sala por relievar la afirmación que hace la Procuraduría en el sentido de que, dentro de la investigación, "surgen una (sic) serie de antecedentes que comprometen al doctor Miguel Antonio Perilla Perilla,

en su condición de Secretario de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al poner de manifiesto una conducta negligente y descuidada frente al trámite procesal que se le dio a último momento al mencionado proceso".

Se habla de negligencia y descuido por parte del empleado cuestionado. En varias oportunidades a lo largo de la instructiva, se aludió a cierta falta de capacidad de manejo del personal a su cargo, a cierta laxitud en hacer cumplir las órdenes que, como superior jerárquico de aquella dependencia, debía impartir. A esta carencia de don de mando hacen referencia las declaraciones de los dos consejeros que fueron convocados a aportar sus testimonios. En efecto, a folio 227, manifiesta el doctor Alvaro Lecompte Luna, Consejero de Estado:

> "...Sin embargo, faltóle don de mando en el manejo del personal de la secretaría a su cargo y de allí que la eficiencia de dicha dependencia dejara mucho que desear... Debo anotar, finalmente, que debido a la carencia de don de mando en el manejo del personal de Secretaría por parte del doctor Perilla, hubo disminución en la eficacia del buen servicio público claramente entendido lo que, es obvio, repercutió en las tareas encomendadas a esa dependencia".

Es de anotar que el Consejero Lecompte Luna, hace parte de la Sección Segunda de la cual, como él mismo lo manifiesta fue su presidente en el año de 1989.

Por su parte, el consejero Miguel González Rodríguez, declara a folio 225:

> "Considero que el doctor Miguel A. Perilla P. fue un funcionario cumplidor de sus deberes, primero como oficial escribiente u oficial mayor, y luego como Secretario de la Sección Segunda de la Corporación, eficiente, recto y de buen manejo del personal a su cargo como Secretario, aun cuando, en cuanto hace relación a esto último, alguien o algunos le criticaban alguna falta de ejercicio de su autoridad frente a personal subalterno antiguo de la Sección que estuvo en el mismo nivel de subalterno del doctor Perilla".

En el mismo orden de ideas, podría colegirse que el testimonio de la Consejera Clara Forero de Castro, Presidenta de la Sección Segunda y

Ponente del proceso en cuestión, apunta a un ostensible descuido por parte del señor secretario de la sección en el manejo de los expedientes. Son afirmaciones de la Magistrada, las siguientes:

> "El expediente en la fecha mencionada -29 de agosto de 1990- fue recibido en la Secretaría para que se notificara el auto de esa misma fecha, por el cual la Sala resolvió los recursos de reposición interpuestos por el doctor Bernardo Ortiz Amaya y por la Superintendencia de Notariado y Registro contra el del 30 de abril de 1990, confirmándolo.
>
> "Desde ese día -29 de agosto de 1990- no volví a ver el expediente original pues se perdió en la Secretaría.
>
> "Por esa razón no pude haberme enterado ni del memorial presentado por el doctor Ortiz Amaya el 4 de septiembre de 1990 ni del que según dicen presentó el señor Hernán Gómez para interponer un recurso ordinario de súplica, que ni siquiera procedía contra el mencionado auto de 29 de agosto de 1990, por tratarse de una providencia expedida por todos los integrantes de la Sección Segunda.
>
> "Cuando se interpone un recurso extraordinario de súplica no es necesario esperar tiempo determinado para pasar el expediente al Despacho; puede pasarse al día siguiente.
>
> "El expediente debía volver al despacho para conceder o negar la concesión del recurso extraordinario de súplica, después de que se notificara el auto de 29 de agosto de 1990 y transcurrieran 5 días hábiles después de la notificación por estado, que se efectuó el 3 de septiembre de 1990, según aparece en la copia del estado correspondiente.
>
> "Es decir, el 11 de septiembre de 1990 ha debido pasarse al Despacho, a pesar del presunto recurso ordinario de súplica, porque el traslado ordenado por los artículos 108 y 364 del Código de Procedimiento Civil en estos casos vencía el 10 de septiembre de 1990, según constancia que me suministró la Secretaría en donde se fijó en lista el día 7 de septiembre por dos días hábiles" (fls. 111 y 112).

Aunque de lo anterior se infiere que el expediente número 4889 pudo haberse perdido el mismo 29 de agosto de 1990, realmente el expediente

no desapareció desde ese día, si en cuenta se tiene que fue notificado por estado el 3 de septiembre y que cuando el proceso fue recuperado, por devolución que de él se hizo a través del correo, se pudo constatar, mediante un examen especial hecho al cuaderno por los mismos delegados de la Procuraduría que, físicamente, el expediente se encontraba en la Secretaría el día 11 de septiembre de 1990. Así lo hacen constar:

> "...Seguidamente a folio 118 obra la constancia de fijación en lista del recurso de súplica, para efectos de los artículos 108 y 364 del Código de Procedimiento Civil, y 183 del C. C. A. de fecha 7 de septiembre de 1990, que corresponde a la que en copia fotostática obra a folio 104. Al reverso de este último folio figura constancia de nuevo reparto al Fiscal 4º de fecha septiembre 11 de 1990. Es toda la actuación" (fl. 145).

Quiere decir lo anterior que, siguiendo lo dicho por la Magistrada, ese mismo día 11 de septiembre el expediente ha debido pasar al Despacho. No se hizo así por la incuria de quienes estaban en el deber de hacer el envío.

Parece ser, por lo que aparece en la investigación, que era la Oficial Mayor Francelina o Francy Rincón quien estaba encargada de diligenciar el negocio de marras. En varias oportunidades ésta trata de disculpar sus errores en sus deficiencias visuales. Si estas deficiencias eran ya notorias, correspondía al Secretario de la Sección tomar las medidas del caso para que esta circunstancia no se convirtiera en un escollo dentro del acontecer normal de la dependencia a su cargo. No hay pruebas de que lo hubiera hecho y ello va en desmedro de la responsabilidad que él había asumido al posesionarse en el cargo.

No obstante todas las circunstancias precitadas demuestran que, realmente, el señor Secretario carecía de cierto tino, habilidad o sindéresis, de ese don específico que deben tener las personas revestidas de autoridad para ejercer ésta sin excesos pero en forma efectiva, no obstante ello, se repite, no hay prueba alguna en el expediente que pueda servir para señalar a dicho funcionario como responsable directo de la sustracción del cuaderno en el que se materializaba el proceso número 4889.

La trayectoria del doctor Perilla Perilla, las diversas manifestaciones sobre sus condiciones personales y morales, las constancias de que su hoja

de vida está limpia, libre de antecedentes de cualquier naturaleza que puedan comprometer su reputación de funcionario y de ciudadano, demuestran que se trata de una persona moralmente íntegra, de conducta transparente, de gran capacidad de trabajo y de un ejemplar afán de superación que lo hizo recorrer, en forma ascendente, todas las pasarelas de la sección a la que entró a servir hace más de veinte años. En efecto, a folio 171 consta que su ingreso a la Corporación lo hizo como "portero en propiedad" el 14 de febrero de 1970. Y que llegó a ser "Secretario Grado 20, en propiedad" el 6 de febrero de 1985, cargo en el que permaneció hasta cuando su nombramiento fue declarado insubsistente.

El mismo Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, no manifestó dubitación alguna para declarar que no sólo contra el Secretario, sino contra ningún empleado de la dependencia investigada, existía prueba alguna que los comprometiera en el extravío del expediente. Así lo expresó en la Resolución 010 de 1992:

> "Es preciso reconocer que dentro de la investigación no existe prueba de cargo que comprometa de manera directa a ninguno de los empleados de la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado, como autores responsables de la sustracción irregular del proceso número 4889 en que es actor Manuel Ignacio Galvis Esteban" (fl. 235).

Dos hechos concretos, quedan entonces en claro: El primero, es que de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado fue sustraído, mientras estaba en la Secretaría, un expediente que allí se tramitaba. El segundo, es que no se logró establecer en la investigación llevada a cabo por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, quién sustrajo el expediente. No se sabe si fue un empleado de dicha dependencia u otro empleado del Consejo de Estado o un particular el autor de la sustracción del expediente.

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, formula dos cargos al doctor Miguel Antonio Perilla Perilla:

a) "Frente a la sustracción o pérdida del expediente tantas veces mencionado su comportamiento resulta erigido (sic) en la falta contra la

dignidad de la administración de justicia señalada en el artículo 8º literal m) del Decreto 1888 de 1989;

b) "Como consecuencia del trámite irregular del recurso extraordinario de súplica desconoció lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, incurriendo en la falta disciplinaria establecida en el artículo 9º, literal a) del Decreto 1888 de 1989".

En cuanto al primer cargo, se tiene:

Dice la norma señalada como fundamento jurídico:

"Artículo 8º. Son faltas de los funcionarios y empleados contra la dignidad de la administración de justicia:

"...

"m) Ocasionar culposamente daño o pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder en razón de sus funciones".

Verbo rector, que orienta en definitiva la calificación de la conducta examinada, es el que da comienzo a la regla: "ocasionar". Es un verbo transitivo que significa causar, dar lugar, provocar.

El mero valor semántico del vocablo, poniéndolo en parangón con la actividad desarrollada por el implicado, demuestra objetivamente que no hay una concreta actitud suya que hubiese "ocasionado" la pérdida del expediente. A guisa de ejemplo, podría pensarse que el secretario lo hubiese entregado a quien no debía, o enviado a quien no correspondía, o abandonado en un lugar al que tuviesen acceso a la Secretaría de la Sección Segunda como todos los demás expedientes y, al igual que todos ellos, corría la contingencia de ser removido o de permanecer en su lugar, de ser destruido por calamidad imprevista o de ser sustraído o alterado. Para evitar estos imprevistos, cada secretario bien podría cargar con ellos o mantenerlos bajo llave en un lugar más seguro, utópicas perspectivas que encuentran su solución en la supuesta idoneidad del personal que atiende las funciones de la Secretaría, en la repartición de esas funciones y en la responsabilidad que por juramento están obligados a demostrar.

Es cierto que los expedientes y los elementos de trabajo estaban bajo la responsabilidad del secretario. Pero no por ello se le puede imputar responsabilidad personal por la pérdida de alguno de esos elementos si no hay una actitud suya determinante, inequívoca que así lo indique. Si se hizo énfasis dentro de la investigación y en este proveído en el poco ascendiente que tenía el señor Secretario sobre su personal subalterno, no alcanza tal fenómeno a constituir una "ocasión culposa" que hubiera podido dar lugar al extravío del cuaderno procesal.

No hay pues, para esta Sala, falta disciplinaria alguna contra la dignidad de la administración de justicia, en la conducta del doctor Miguel Antonio Perilla, que pueda señalarse como una acción u omisión culposa en la pérdida del expediente número 4889 ocurrida en la Secretaría de la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En relación con el segundo cargo, en el que se configura una falta contra la eficacia de la administración de justicia que, según el artículo 9º literal a) del Decreto 1888 de 1989, consiste en "incumplir los mandatos de la Constitución, las leyes y los reglamentos o exceder los límites que se les señalen para ejercer sus atribuciones", se tiene:

Según la parte motiva de la resolución de la Procuraduría Delegada (fl. 233), "el nuevo cargo imputado al doctor Miguel Antonio Perilla Perilla, en su calidad de Secretario de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se le concretó en el trámite irregular del recurso extraordinario de súplica interpuesto por el señor Hernán Gómez Gómez, contra el auto de agosto 29 de 1990, por medio del cual se confirmó el auto de abril 30 del mismo año, dentro del proceso tantas veces mencionado, pues pese a que el recurso se interpuso como extraordinario de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se le imprimió trámite en la Secretaría de la Sección como recurso ordinario de súplica" (fls. 156-157).

Como consta a folio 104 del expediente, el recurso de súplica que fuera interpuesto por el señor Hernán Gómez Gómez en el proceso de la referencia, según se relata en el "acta de visita especial practicada al cuaderno original del proceso número 4889, siendo actor Manuel Ignacio Galvis Esteban", fue fijado en lista el siete (7) de septiembre de mil

novecientos noventa (1990). Es conveniente dejar en claro, que no existen en el cuaderno contentivo de la investigación, copias ni constancias de la interposición de ese recurso, distintas de las afirmaciones de los comisionados en el acta aludida.

Pues bien, prescindiendo de cualesquiera lucubraciones sobre la correcta aplicación del trámite que debía dársele al recurso interpuesto, las constancias dejadas por los examinadores del expediente recuperado y la fotocopia que aparece a folio 104, demuestran que sí hubo voluntad de los empleados de la Secretaría de tramitar el recurso. Esa sola circunstancia elimina cualquier posibilidad de que se hubiera cometido una falta disciplinaria consistente en "incumplir los mandatos de la Constitución, las leyes y los reglamentos o exceder los límites que se les señalen para ejercer sus atribuciones".

El error cometido al fijar en lista el supuesto recurso de súplica, obedece a aquellas equivocaciones simples, no comprendidas dentro de la categoría de "errores inexcusables" por los cuales, según el artículo 40 del mismo Código, se asume la responsabilidad de los perjuicios que se causen a terceros. Y sería una exageración hacer derivar la pérdida del expediente de su permanencia en la Secretaría mientras se cumplía el término de fijación en lista. La concomitancia de los dos fenómenos no implica una relación de causalidad pues no aparece manifiesto que en la mente de la supuesta persona que realizó la actuación, este fuera un momento decisivo en la sustracción que originó la investigación disciplinaria.

Huelga por tanto cualquier otra consideración sobre si fue o no el Secretario el responsable de la equivocación o si lo fue la Oficial Mayor puesto que estaba ello dentro de sus funciones y es su firma la que aparece en el folio fijado en lista; sobre si la existencia de perjuicios a terceros es trascendente en la calificación del hecho o sobre si el término de la fijación fue el motivo determinante en la sustracción del expediente. A juicio de esta Sala, a la luz del artículo 9º literal a) del Decreto 1888 de 1989, la falta disciplinaria que se pretende configurar, no tuvo ocurrencia, independientemente de quien hubiera podido ser su hipotético actor.

Las consideraciones anteriores que conducen a la ausencia de responsabilidad disciplinaria del doctor Perilla Perilla son extensivas a la

situación de la señorita Francy Rincón Arciniegas, si en cuenta se tiene que ella fue vinculada a la investigación cuyo asunto principal lo constituyó la sustracción del multicitado expediente.

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

FALLA:

La Sala *se abstiene de sancionar* a Miguel Antonio Perilla Perilla y a Francy (o Francelina) Rincón Arciniegas por los cargos que les formuló la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, mediante la Resolución 010 del 26 de marzo de 1992.

Notifíquese esta providencia a los acusados y al señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, en los términos del artículo 42 del Decreto 1888 de 1989.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Disciplinaria en reunión celebrada el día 15 de enero de 1993.

Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández.

CARRERA ADMINISTRATIVA / ESCALAFON / ESTABILIDAD / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA / ESCALAFONAMIENTO / DERECHOS DEL ESCALAFONADO

Mientras en la sentencia citada como contrariada se afirma la tesis de que en tanto no se produzca la cesación definitiva de funciones, por causas legales, el empleado inscrito en el escalafón conserva los derechos propios de la carrera aun pasando a otro u otros cargos, en el fallo suplicado se infiere que el funcionario escalafonado, por la sola circunstancia de recibir un nombramiento ordinario, pierde su escalafón y, por lo mismo, el fuero de estabilidad. Cuando un funcionario inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en un determinado cargo pasa a otro clasificado como de carrera, no pierde por ese solo hecho su escalafón y en consecuencia continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales está el de estabilidad.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 1º de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Julio César Uribe Acosta.*

Ref.: Expediente número S-209.

Recurso de súplica.

Actora: Aída Silva de Pérez.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso extraordinario de súplica, interpuesto por la procuradora judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por la Sección Segunda de la Corporación, en virtud de la cual se revocó la proferida por el *a quo* el

día quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), para en su lugar *denegar las pretensiones* de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe, en lo pertinente, las consideraciones hechas en el fallo suplicado. En él se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Es bien sabido que, conforme a las disposiciones legales sobre ingreso a la Carrera Administrativa, éste se opera con relación a *un determinado cargo,* para el cual previamente se ha convocado a concurso. Justamente la inscripción se hace también respecto de un cargo específico, cuyas funciones obviamente tienen relación con calidades que el aspirante ha acreditado previamente al concursar. Si posteriormente el empleado de carrera acepta promociones a cargos de superior jerarquía está en la obligación de actualizar su vinculación a la carrera en estos últimos, que lógicamente suponen funciones diferentes y requisitos acordes con éstas. Ello es así por cuanto el ascenso no se puede dar sino a través de un concurso, como claramente lo definen las normas sobre la materia y particularmente el Decreto 24 (sic) de 1968 en sus artículos 40, 42, 44 y 46 y el Decreto reglamentario 1950 de 1973 en sus artículos 180, 181, 222, 223 y 225.

"Es ciertamente de la esencia de la Carrera Administrativa el que el empleado de carrera tenga la posibilidad de acceder a cargos superiores pero con sujeción a 'las reglas que el presente título establece' y siempre 'con base en el mérito' y a condición de que la promoción se efectúe *siempre* 'mediante oposición o concurso' " (Dec. 2400/68, arts. 40, 42).

"Insiste la ley en que goza el empleado de prelación para ascenso 'de conformidad con las condiciones que se señalen en la reglamentación de los concursos para ascenso' y que tiene el derecho de ser ascendido 'de acuerdo con los reglamentos de la carrera', como lo puntualizan los artículos 44 y 46 del mismo estatuto. Más claro aún, si fuera posible, en el texto del artículo 181 del Decreto 1950 de 1973 al definir que 'los ascensos se harán exclusivamente con base en el mérito, mediante concursos u oposiciones', lo que reafirma el artícu-

lo 222 del mismo decreto agregando que 'los ascensos se determinarán mediante concursos'.

"Entiende la Sala que, si una persona es vinculada a la Carrera Administrativa en un cargo específico, habiendo concursado previamente para el mismo, ese es el cargo que le da la condición de empleado de carrera, con exclusión de todos los demás.

"De otra parte, si un empleado de carrera acepta otro distinto, con ello está indicando que declina sus derechos sobre el primero, cuyas funciones tampoco sigue ejerciendo al asumir las que corresponden a la nueva situación.

"No podría ser de otra manera, pues el cargo que se deja no puede quedar indefinidamente en suspenso como una 'pertenencia' del empleado que sale a ejercer otras funciones en propiedad: nadie podría ocuparlo ya que estaría *reservado* en favor de quien, por haberlo conquistado, lo hizo suyo, no obstante que luego prefiera otro que considere más ventajoso.

"Es la propia demandante quien admite que a las posiciones que ocupó al dejar el cargo de carrera inicialmente desempeñado, no accedió por concurso ni tampoco actualizó en ellas su vinculación a la Carrera Administrativa. Lo atribuye a obstáculos del Departamento Administrativo del Servicio Civil y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como a la 'suspensión de las normas de carrera administrativa' en virtud de la expedición del Decreto 2132 de 1976.

"Con estos argumentos contrasta la ausencia total de prueba sobre hechos positivos de la administración en desconocimiento de derechos de la accionante, *no habiendo tampoco constancia de gestiones de ésta en busca de la actualización.* Lo cierto es que, después de pasar por varios cargos, aceptó el de Subdirector de Determinación de Impuestos, para el cual recibió un *nombramiento ordinario,* según expresa la certificación que obra a folio 132 del cuaderno administrativo, expedida por el jefe de la Sección de Registro y Control del Ministerio de Hacienda. De este cargo fue declarada insubsistente por el acto enjuiciado y legalmente podía serlo ya que no tenía, respecto del mismo, fuero alguno de estabilidad.

"Dados estos presupuestos, resulta imperioso revocar la sentencia apelada, para desestimar las pretensiones de la parte actora" (fls. 55-58, cdno. 1).

II. VALORACION JURIDICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PLENA QUE SE AFIRMA FUE CONTRARIADA

Para desatar el presente recurso la Sala no tiene en cuenta la Jurisprudencia de la Sección Segunda, recogida en fallos de 8 de julio de 1988 y 12 de mayo de 1989, pues reiteradamente ha dicho que el recurso extraordinario de súplica sólo tiene vocación de prosperidad cuando se ha violado jurisprudencia de las antiguas Salas Contencioso-Administrativas y de Negocios Generales, o de la Sala Plena del Consejo de Estado, perspectiva jurídica que confirma ahora.

La realidad anterior explica bien la razón por la cual la confrontación jurisprudencial se hará tomando en cuenta el temperamento que tiene el fallo suplicado con la sentencia de ocho (8) de julio de 1988, expediente número S-031, Actor: Hernando Medina Avila, cuyo universo jurisprudencial sí fue violado por la sentencia de siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), originaria de la Sección Segunda de la Corporación. Y se afirma lo anterior porque en la sentencia de 8 de julio de 1988 esta Corporación dijo:

"Estima la Sala que cuando un funcionario inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa en un determinado cargo, es nombrado en otro, no pierde por ese solo hecho su escalafón y en consecuencia continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales está el de estabilidad.

"El artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 da fundamento a la anterior afirmación, pues indica claramente en qué casos se pierde la condición de funcionario de carrera, y ello sólo ocurre por cesación definitiva en el ejercicio de las funciones, ocasionada por declaración de insubsistencia, renuncia regularmente aceptada, retiro con derecho a jubilación, invalidez absoluta y retiro forzoso por edad.

"No está contemplada en esta norma ni en ninguna otra, la pérdida del escalafonamiento por pasar a otro cargo, así sea éste de superior categoría a aquél en el cual se halla escalafonado el empleado.

"Es preciso tener en cuenta, que el artículo 49 del Decreto 2400 de 1968, según el cual los empleados inscritos en el escalafón perdían los derechos propios de éste por pasar a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, precisamente al considerar que esa sería una forma fácil para que la administración por su propia iniciativa pusiera fin a la carrera administrativa valiéndose de la imposibilidad práctica del empleado, de negarse a aceptar tal nombramiento.

"Para la Sala no hay duda acerca de que, mientras no se produzca cesación definitiva de funciones, por las causas anotadas, el empleado inscrito conserva los derechos propios de la carrera aun pasando a otro u otros cargos.

"Sin embargo, es necesario precisar, cuál es, en esa situación, el alcance de la protección derivada de la carrera.

"El escalafonamiento garantiza al funcionario, que no será removido del cargo en el cual está escalafonado, sino por causas legales y previo el adelantamiento de un proceso disciplinario.

"Si ha sido trasladado a otro, la garantía de estabilidad se mantiene, pero referida a los términos exactos del escalafón. Por eso, el empleado trasladado podría por ejemplo, ser devuelto a su cargo inicial, sin que con ello se le vulnerara ningún derecho.

"Y no puede ser de otra forma, puesto que para lograr reclasificación en el escalafón por ascenso, sería indispensable comprobar que se tienen los requisitos para desempeñar el otro cargo y merecerlo mediante concurso.

"No existe reclasificación automática en el escalafón, como no existe tampoco inscripción automática en el mismo; es necesario obtenerla por los medios legales.

"Siendo ello así, cuando el empleado es ilegalmente separado del servicio, como en el presente caso, el reintegro debe ordenarse al cargo en el cual estaba escalafonado, pues ninguna norma obliga a mantenerlo en otro diferente y respecto al cual no goza de esa garantía de estabilidad.

"Podría surgir un reparo a lo anterior, consistente en que se reconoce un derecho no pedido por el demandante, quien solicitó como consecuencia de la nulidad del acto de desvinculación, ser reintegrado al cargo de Auditor II-20 o a otro de igual o superior categoría.

"No considera la Sala que se incurra en fallo *extra petita*, puesto que lo fundamental, que es el reintegro, está pedido.

"Obviamente los derechos se reconocen en la medida en que tengan fundamento legal, y no siempre será posible hacerlo como lo solicitan los demandantes. El reconocimiento parcial se ajusta a derecho".

En abierta violación de la pauta jurisprudencial anterior, como ya se anotó, la Sección Segunda, en el fallo impugnado, dijo:

"Entiende la Sala que, si una persona es vinculada a la Carrera Administrativa en un cargo específico, habiendo concursado previamente para el mismo, ese es el cargo que le da la condición de empleado de carrera, con exclusión de todos los demás.

"*De otra parte, si un empleado de carrera acepta otro distinto, con ello está indicando que declina sus derechos sobre el primero, cuyas funciones tampoco sigue ejerciendo al asumir las que corresponden a la nueva situación.*

"No podría ser de otra manera, pues el cargo que se deja no puede quedar indefinidamente en suspenso como una 'pertenencia' del empleado que sale a ejercer otras funciones en propiedad: nadie podría ocuparlo ya que estaría *reservado* en favor de quien, por haberlo conquistado, lo hizo suyo, no obstante que luego prefiera otro que considere más ventajoso.

"Es la propia demandante quien admite que a las posiciones que ocupó al dejar el cargo de carrera inicialmente desempeñado, no accedió por concurso ni tampoco actualizó en ellas su vinculación a la Carrera Administrativa del Servicio Civil y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como a la 'suspensión de las normas de Carrera Administrativa' en virtud de la expedición del Decreto 2132 de 1976.

"Con estos argumentos contrasta la ausencia total de prueba sobre hechos positivos de la administración en desconocimiento de derechos de la accionante, no habiendo tampoco constancia de gestiones de ésta en busca de la actualización. *Lo cierto es que, después de pasar por varios cargos, aceptó el de Subdirector de Impuestos,* para el cual recibió un *nombramiento ordinario,* según expresa la certificación que obra a folio 132 del Cuaderno Administrativo, expedido por el jefe de la Sección de Registro y Control del Ministerio de Hacienda. *De este cargo fue declarada insubsistente por el acto enjuiciado y legalmente podía serlo ya que no tenía, respecto del mismo, fuero alguno de estabilidad".* (Destacados de la Sala).

La contradicción jurisprudencial se vivencia, pues mientras en la sentencia de 8 de julio de 1988 se afirma la tesis de que en tanto no se produzca la cesación definitiva de funciones, por las causas en ella anotadas, el empleado inscrito en el escalafón *conserva los derechos propios de la carrera aun pasando a otro u otros cargos,* en el fallo de 7 de mayo de 1991, originario de la Sección Segunda, se infiere que el funcionario escalafonado, por la sola circunstancia de recibir un nombramiento ordinario, pierde su escalafón y, por lo mismo, el fuero de estabilidad.

III. NUEVO FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Prosperando el recurso, procede la Sala a dictar el fallo, en este caso, el que debe desatar el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de febrero 15 de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva,

DISPUSO:

"Primero. Anúlase el Decreto 3039 del 22 de octubre de 1982, mediante el cual el Gobierno declaró insubsistente el nombramiento de la doctora Aída Silva de Pérez para el cargo de Subdirector 2030 Grado 14, de la Subdirección General de Impuestos Nacionales.

"Segundo. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de los términos indicados en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, conforme a la parte motiva

de esta providencia, procederá a reintegrar a la doctora Aída Silva de Pérez al cargo de Economista IV-25, o a otro de igual o superior categoría y remuneración, así como a reconocer y pagar a la demandante los salarios, primas, bonificaciones y prestaciones correspondientes a dicho cargo, dejados de devengar desde la fecha de su desvinculación hasta aquella en que se produzca el reintegro.

"Tercero. Niégase las demás pretensiones de la demanda.

"Cuarto. Por la Secretaría dése cumplimiento al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo".

Para la mejor comprensión del asunto, la Sala transcribe, en lo pertinente, las *consideraciones* que hizo el *a quo* para fundamentar su fallo. En ellas se lee:

"La demanda está encaminada a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 3039 del 22 de octubre de 1982, emanado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en virtud del cual el Gobierno Nacional declaró insubsistente el nombramiento de la doctora Aída Silva de Pérez para el cargo de Subdirector 2030, Grado 14, de la Subdirección de Determinación de Impuestos de la Dirección General de Impuestos Nacionales y, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro a dicho cargo, el pago de salarios y prestaciones correspondientes durante el lapso de la desvinculación, así como la actualización en el escalafón de la Carrera Administrativa.

"El argumento central de la impugnación del acto administrativo es el desconocimiento de las normas de carrera administrativa. Se aduce en la demanda que la actora estaba inscrita en la carrera administrativa y desempeñaba un cargo de carrera y que su nombramiento fue declarada insubsistente sin que se hubiera configurado causal alguna ni cumplido procedimiento previo.

"En el proceso se demostró que la actora fue escalafonada en Carrera Administrativa en el cargo de Economista IV-25 según Resolución 383 del 15 de abril de 1975 emanada del Departamento Administrativo del Servicio Civil. Posteriormente y sin sujeción a las normas de carrera para ascensos fue nombrada en otros cargos del Ministerio de

Hacienda y Crédito Público, el último de los cuales fue el de Subdirector 2030, Grado 14 de Determinación de Impuestos de la Dirección General de Impuestos Nacionales. De este último cargo fue desvinculada por declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, mediante el acto acusado, emitido sin motivación ni trámite previo (fls. 83, 92, 98, 96 de la hoja de vida y 7, 9, 10 y ss. del exp.).

"La Carrera Administrativa, según el régimen vigente, es un sistema de administración de personal que tiene por objeto mejorar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender conforme a las reglas establecidas en el Decreto 1950 de 1973. El ingreso a los empleos de carrera y los ascensos se obtienen mediante el sistema de mérito, a través de concursos u oposiciones, con lo cual se garantiza el primordial objetivo que es la eficiencia de la administración. Como consecuencia y para facilitar la finalidad de la carrera se establece para los funcionarios los llamados derechos reflejos que consisten en la estabilidad en el cargo y la opción de ascender dentro de la carrera.

"Tal como lo sostiene la parte actora la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado de carrera sólo procede en los eventos indicados en el artículo 240 del Decreto 1950 de 1973 y ninguna de tales circunstancias se dio en el caso en examen.

"Es evidente entonces que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora se produjo con desconocimiento de su carácter de funcionaria inscrita en el escalafón de la Carrera Administrativa lo cual hace anulable la emisión de voluntad del nominador.

"En cuanto al restablecimiento del derecho ha de limitarse éste al reintegro al cargo en el cual fue inscrita la demandante en el escalafón y al pago de sueldos correspondientes a dicho cargo, ya que en el proceso sólo está demostrado su derecho en relación con el cargo de Economista IV-25, según la Resolución 383 del 15 de abril de 1975.

"Los documentos aportados al proceso dejan entender que el acceso de la actora al cargo que desempeñaba cuando se produjo su desvinculación no fue precedido de concurso alguno con sujeción a las

normas de carrera. Por lo tanto la demandante, al acceder a dicho cargo, si bien no perdió su derecho al estatus de funcionaria de carrera en el cargo en el que fue inscrita, tampoco adquirió un mejor derecho en el último cargo por cuanto su nombramiento en éste no se efectuó de acuerdo con los trámites indicados para el ascenso en la carrera por razones que se desconocen en este proceso y que, en todo caso, la demandante ha debido cuestionar en su oportunidad.

"Aquí se debate la legalidad del acto que declaró insubsistente el nombramiento de la actora, mas no los hechos y actos que la llevaron a aceptar un nombramiento al margen de los trámites indicados en las normas de la Carrera Administrativa. Todo ello se desconoce y no es objeto del juicio.

"La respuesta dada por la Jefe de la División de Selección del Departamento Administrativo del Servicio Civil ante la solicitud de actualización en el registro de la carrera que hiciera la actora es en un todo correcta (fl. 12 del exp.). El ascenso requiere de un trámite previo. No está prevista la convalidación de hechos cumplidos sin sujeción a los procedimientos" (fls. 8-10 cdno. 3).

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

En el escrito que obra al folio 12 del Cuaderno número 3, expone, en lo sustancial, sus motivos de inconformidad con el fallo, dentro del siguiente marco:

a) "...se ordena en el fallo, el reintegro al cargo de Economista IV-25, o a otro de superior categoría y remuneración, no al que desempeñaba cuando fue desvinculada del servicio, por no haber ascendido mi representada al último mediante concurso, de acuerdo a lo estatuido por las normas que regulan la Carrera Administrativa; pero, es lo cierto que la actora ascendió por méritos, se le reconoció las primas técnicas y si el ascenso a superior categoría dentro del escalafón, no se originó mediante el concurso, se debió a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suspendió los derechos y garantías de la Carrera Administrativa, por un tiempo largo, impidiendo en consecuencia todos los trámites de actualización del escalafón, por parte de los

funcionarios... De otra parte, no existe una necesaria relación de causalidad entre declarar la nulidad del Decreto 3039 del 22 de octubre de 1982, por el cual se desvinculó del cargo Subdirectora 2030-14 de la Subdirección de Determinación de la Dirección General de Impuestos Nacionales, y ordenar el reintegro al cargo de Economista IV-25, o a otro de igual o superior categoría o remuneración, y no al que desempeñaba cuando fue desvinculada del servicio, porque lo que se cuestiona no es precisamente el porqué del ascenso -que como antes se dijo se hizo con méritos suficientes- sino el hecho de que tal cargo no se puede declarar la insubsistencia discrecionalmente, por no ser de libre nombramiento y remoción sino de carrera administrativa... La sentencia omitió ordenar que el reconocimiento de los salarios, primas y prestaciones se efectúe teniendo en cuenta la remuneración del cargo -retroactivamente- al momento del reintegro, como se suplicó en la demanda, y el mandato del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo".

V. SUSTENTACION DEL RECURSO POR PARTE DEL APODERADO DEL MINISTERIO DE HACIENDA

Al folio número 2 del Cuaderno número 2, obra el escrito en que el apoderado del Ministerio de Hacienda hace sus ataques a la sentencia impugnada, para lo cual discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento:

"Ha quedado suficientemente demostrada la circunstancia por medio de la cual la actora no fue actualizada en el escalafón por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, dado que debía acreditar previamente el cumplimiento de las formalidades y requisitos para el llamado sistema de selección por méritos en el Decreto 1950 de 1973, circunstancia ésta que como puede colegirse en los documentos anexos al expediente, en ningún momento fue o ha sido desvirtuada por la misma interesada en el presente proceso.

"De otra parte y no habiendo sido promocionada dentro de la carrera por no haber cumplido con los requisitos señalados por la ley para tener derecho a actualizar su escalafón y encontrándose vinculada la actora mediante actos administrativos que no cumplían los requisitos

para ser promocionada y no habiendo ejercido el cargo para el cual se encontraba escalafonada, sin que mediara comisión alguna para desempeñar empleos de carácter diferente, resulta evidente concluir que sus aceptaciones expresas, al momento de tomar posesión para los cargos desempeñados, implican claramente una renuncia tácita al cargo en el cual se encontraba escalafonada; dadas las circunstancias de que dichos actos constituyeron en todo momento una actitud voluntaria, libre y expresa por parte de la actora, quien de esta manera quedaba cobijada dentro de una situación administrativa concreta, definida claramente por nuestra legislación y cuya consecuencia fue la expedición del decreto demandado".

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia proferida por el *a quo* el día quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), será confirmada, pues ella se ajusta, en todo su universo a la ley y el derecho.

En esta oportunidad la Sala reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en la sentencia de (8) de julio de 1988, Expediente S-031, Consejero Ponente, doctora Clara Forero de Castro, cuya violación permitió la prosperidad del presente recurso de súplica, filosofía que se recoge en el salvamento de voto que la misma magistrada hizo a la sentencia de siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), en el cual se lee:

"...cuando un funcionario inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa en un determinado cargo pasa a otro clasificado como de carrera, no pierde por ese solo hecho su escalafón y en consecuencia continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales está el de estabilidad.

"El artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 da fundamento a la anterior afirmación, pues indica claramente en qué casos se pierde la condición de funcionario de carrera, y ello sólo ocurre por cesación definitiva en el ejercicio de las funciones, ocasionada por: declaración de insubsistencia, renuncia regularmente aceptada, retiro con derecho a jubilación, invalidez absoluta y retiro forzoso por edad.

"No está contemplada en esta norma ni en ninguna otra, la pérdida del escalafonamiento por pasar a otro cargo, así sea éste de superior categoría a aquél en el cual se halla escalafonado el empleado.

"En mi opinión no hay duda acerca de que, mientras no se produzca cesación definitiva de funciones, por las causas anotadas, el empleado inscrito conserva los derechos propios de la carrera aun pasando a otro u otros cargos.

"Sin embargo, es necesario precisar, cuál es, en esa situación, el alcance de la protección derivada de la carrera.

"El escalafonamiento garantiza al funcionario, que no será removido del cargo en el cual está escalafonado, sino por las causas legales y previo el adelantamiento de un proceso disciplinario.

"Si ocupa otro, la garantía de estabilidad se mantiene, pero referida a los términos exactos del escalafón. Por eso, el empleado trasladado podría por ejemplo, ser devuelto a su cargo inicial, sin que con ello se le vulnerara ningún derecho.

"Y no puede ser de otra forma, puesto que para lograr reclasificación en el escalafón por ascenso, sería indispensable comprobar que se tienen los requisitos para desempeñar el otro cargo y merecerlo mediante concurso.

"No existe reclasificación automática en el escalafón, como no existe tampoco inscripción automática en el mismo; es necesario obtenerla por los medios legales.

"Siendo ello así, cuando el empleado es ilegalmente separado del servicio, como en el presente caso, el reintegro debe ordenarse al cargo en el cual estaba escalafonado, pues ninguna norma obliga a mantenerlo en otro diferente y respecto al cual no goza de esa garantía de estabilidad" (fls. 61 - 63 cdno. 3).

La Sala no encuentra de recibo el reparo que el apoderado de la parte actora le hace a la sentencia de instancia cuando afirma que en ésta se omitió ordenar el reconocimiento de los salarios, primas y prestaciones, etc., pues en el punto segundo del fallo se dispuso sobre el particular:

"Segundo. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de los términos indicados en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, conforme a la parte motiva de esta providencia, procederá a reintegrar a la doctora Aída Silva de Pérez al cargo de Economista IV-25, o a otro de igual o superior categoría y remuneración, así como a reconocer y pagar a la demandante los salarios, primas, bonificaciones y prestaciones correspondientes a dicho cargo, dejados de devengar desde la fecha de su desvinculación hasta aquella en que se produzca el reintegro".

Por lo expuesto, no prosperan los ataques que la parte actora le hace a la sentencia del *a quo.*

La Sala tampoco hace suya la perspectiva que maneja el apoderado del Ministerio de Hacienda en el escrito en que sustenta el recurso, por las razones que se han dejado comentadas.

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

FALLA:

Primero: *Prospera* el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia calendada el día siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, por las razones dadas en los considerandos de este fallo.

Segundo: Como consecuencia de la declaratoria anterior, *se confirma* la sentencia dictada el día quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso 83-7925, Actora Aída Silva de Pérez.

Tercero: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente a la Sección Segunda de la Corporación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente. *Jaime Abella Zárate, Carlos Betancur Jaramillo, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Mirén de la Lombana*

de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño.

Nubia González Cerón, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Improcedencia / TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO / INTERPRETACION PREJUDICIAL / REGISTRO DE MARCA - Improcedencia

Coincide la interpretación que del literal c) del artículo 58 de la Decisión 85 hizo el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena con la interpretación que de esta norma hizo la sentencia acusada. Analizado que la sentencia no erró al estimar que a la luz de dicha norma, la palabra oferta no era signo suficientemente distintivo, la afirmación del fallo de que esta palabra no reúne la condición de distintividad que exige el artículo 584 del C. de Co. resulta apenas una consecuencia lógica en la motivación de la providencia; y en cuanto a la aplicación del artículo 57 de la Decisión 85, en lugar del artículo 584 del C. de Co., es absolutamente improcedente, porque el artículo 57 se refiere a las denominadas "marcas colectivas" que nada tienen que ver con el proceso que decidió el fallo acusado.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 4 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número A-063.

Recurso de anulación.

Actora: Sociedad Productos Familia S. A.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad Papeles e Inversiones S. A. (antes papeles Suaves de Colombia S. A.) contra la sentencia proferida por la Sección Primera de esta Corporación en el proceso de única instancia promovido por la sociedad Productos Familia S. A. tendiente a obtener la nulidad de

la Resolución 7923 de 23 de octubre de 1984 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El fallo recurrido accedió a las pretensiones de la sociedad Productos Familia S. A. declarando la nulidad de la resolución acusada, por considerarla violatoria del literal c) del artículo 58 del reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial, incorporado a la legislación nacional mediante el Decreto 1190 de 1978 y de los artículos 583 y 584 del Código de Comercio.

Discurrió así la sentencia:

"Debe concluirse a la luz de los planteamientos de las partes que el *quid* del asunto radica exclusivamente en el sentido y alcance de la palabra *oferta*, frente al contenido de la norma del literal c) del artículo 58 del reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial incorporado a la legislación nacional mediante el Decreto 1190 de 1978, según el cual no podrán ser objeto de registro como marcas 'las denominaciones descriptivas o genéricas' ".

Genérico es, según el diccionario de la Real Academia Española, lo común a muchas especies, o lo perteneciente al género: "Clase a la que pertenece un nombre sustantivo o un pronombre por el hecho de concertar con él una forma y generalmente solo una, de la flexión del adjetivo y el pronombre".

De acuerdo con las anteriores definiciones, no se requiere de mayor esfuerzo para llegar a la conclusión de que la palabra "oferta", dado su empleo común y obligado dentro de la práctica comercial, constituye un típico sustantivo genérico. Puede en efecto haber muchas especies de ofertas, según la modalidad que asuma o la clase de artículo sobre la que recaiga. La palabra genérica, al no ser en consecuencia apta, dada su excesiva amplitud, para distinguir en forma inequívoca un producto dado, no reúne las exigencias de distintividad de que tratan los artículos 583 y 584 del Código de Comercio. Así lo ha entendido igualmente la doctrina foránea.

Por ejemplo, Messineo, haciendo referencia a la legislación italiana, dice: "No pueden ser objeto de patente como marca: a) las palabras,

figuras o signos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (ilicitud de marca); b) las denominaciones genéricas (por ejemplo, marsala, vermouth, fibra), y las indicaciones descriptivas...". (Derecho Civil y Comercial, T. III, pp. 408 y 409).

Tiene por consiguiente la razón el señor Fiscal cuando anota que el término *oferta* apropiado por Papeles Suaves de Colombia S. A. como marca para su producto de papel higiénico, constituye un factor de confusión y error, que no otro es el resultado a que conduce el empleo de la denominación genérica. Al conceder por ende la Superintendencia de Industria y Comercio el registro, como marca, de las tantas veces aludida palabra, incurrió en palmario quebranto de las normas superiores antes citadas, lo que impone, a fin de restaurar la legalidad vulnerada, la declaratoria de nulidad correspondiente".

LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

El impugnante formula contra el fallo cuatro cargos, que enuncia así:

1º Acuso la sentencia por violación directa de la ley sustancial: a) por interpretación errónea del artículo 58 c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante Decreto 1190 de 1978 (en adelante la "decisión 85") *en cuanto a los signos genéricos;* b) por falta de aplicación del artículo 20 de la Carta, y de los artículos 57, 58-a), 58-c) *en cuanto a los signos necesarios y los signos descriptivos* y 84 de la Decisión 85; y c) por indebida aplicación de los artículos 583-1 y 584 del Código de Comercio.

2º Acuso la sentencia de ser violatoria del artículo 20 de la Constitución, por interpretación errónea del artículo 58-c) de la Decisión 85; falta de aplicación de los artículos 57 y 58-a) de la Decisión 85, indebida aplicación de los artículos 583-1 y 584 del C. de Co. Fundamentación del cargo. Para el evento que la Sala Plena del Consejo, considere que una misma norma (art. 58-c) de la Decisión 85 no puede ser interpretado erróneamente y dejada de aplicar, formulo el cargo sobre la base de que todo el artículo 58-c) fue interpretado erróneamente, puesto que como se vio en el cargo

primero, el término *oferta* para distinguir papel higiénico no es genérico.

3º Acuso la sentencia por violación directa del artículo 20 de la Constitución, interpretación errónea de los artículos 58-a) y c) de la Decisión 85, falta de aplicción (sic) de los artículos 57 y 84 de la Decisión 85 e indebida aplicación de los artículos 583-l) y 584 del C. de Co. Fundamentación del cargo. Para el evento que se considere que una norma (art. 58-a) de la Decisión no analizada en la sentencia, y ni siquiera mencionada, puede ser interpretada erróneamente, puesto que se consideró que el signo *oferta*, utilizado como marca era engañoso, cuando no lo es, como se dejó visto al fundamentar *el cargo primero*, y que no se trata de una falta de aplicación, presento otro cargo, cuya fundamentación es la misma a la ya señalada y que sólo difiere en lo que hace relación al concepto de la violación, que en este supuesto sería la interpretación errónea del artículo 58-a) de la Decisión 85, ya que la palabra *oferta* empleada como marca para distinguir papeles no es engañoso, por las razones ya vistas.

4º Acuso la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 58-c) de la Decisión 85 e indebida aplicación de los artículos 583-1 y 584 del C. de Co. Fundamentación del cargo. Una sentencia que en la parte motiva sólo menciona tres normas, debería en sana lógica poderse anular si se demuestra que una norma fue interpretada erróneamente y que como consecuencia de la errónea interpretación se aplicaron indebidamente las otras dos normas citadas en la sentencia. Mi temor consiste, en que se pudiera aplicar la teoría de la proposición jurídica completa, sostenida en materia de casación por nuestra Corte Suprema y por tal razón he analizado todas las normas que tienen relevancia en la solución del problema.

No obstante considero que este cargo sería suficiente y que las razones expuestas en el *cargo primero,* lo explican suficientemente.

OPOSICION AL RECURSO

Productos Familia S. A. se opone a la prosperidad del recurso afirmado que el recurrente al fundamentar el primer cargo, de interpreta-

ción errónea, olvidó referirse a la totalidad del literal c) del artículo 58 de la Decisión 85 y desechó el espíritu del derecho marcario que es fundamental para la consideración de las normas en este tema, especialmente las restrictivas.

En relación con las acusaciones restantes hace notar que la fundamentación es la misma y que sólo difieren en que se presenten en diversa forma, por si acaso la Sala Plena estima mal formulada la primera y para curarse en salud de que pueda aplicarse la teoría de la proposición jurídica completa sostenida en materia de casación por la Corte Suprema de Justicia.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación opina que no tiene razón el recurrente y reafirma su concepto emitido ante la Sección Primera, del cual cabe resaltar los siguientes párrafos:

> "No hay que perder de vista que las marcas no son sino, desde el punto de vista publicitario, una forma de atraer clientela, luego utilizar símbolos o palabras que inducen al error no se avienen con las normas que igualmente protegen a la comunidad que demandan los bienes o servicios.
>
> "Es cierto como lo afirma el apoderado del demandado, que la palabre (sic) "oferta" *debe entenderse* ligada a los productos para los cuales se autorizó el registro de la marca pero eso no es lo que ocurre en la práctica en el caso *sub judice* por cuanto de la simple lectura de su nombre el común de los consumidores no puede inducir inmediatamente que se trate de productos de papel o cartón sino un ofrecimiento en términos comerciales.
>
> "Es indudable entonces que la marca *oferta* se presta a confusión fácilmente, más si se tiene en cuenta que dentro del argot comercial tiene una acepción única e indubitable que es la que en su esencia consagran las normas mercantiles; esto hace encuadrar el caso en las prohibiciones que para hacer objeto de registro como marca consagra el literal a) del artículo 58 del Decreto 1190 de 1978.

"Y es tan obvio y claro que la marca *oferta* se presta a confusión que en el mismo expediente obra una serie de documentos que hablan y se explican por sí solo en dicho sentiro (sic): ver folios 10 a 14 y 44 a 47" (fls. 95 y ss.).

Actuación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena

A solicitud de la parte recurrente, se solicitó al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena interpretación prejudicial de los artículos 56, 58 literales a) y c) y 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. El Tribunal accedió a la petición y sobre el particular emitió la sentencia que obra a folios 308 a 317.

CONSIDERACIONES:

Primer cargo

a) Interpretación errónea del artículo 58 c) de la Decisión 85.

Afirma el recurrente que la sentencia es violatoria del literal c) del artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por interpretación errónea "en cuanto a los signos genéricos", toda vez que para llegar a la decisión empleó una interpretación exegética errando en el contenido gramatical de la expresión "genérico" de tal manera que la interpretación de la norma resulta errada desde el punto de vista lógico y gramatical, e igualmente desde el punto de vista del derecho marcario. Termina diciendo el recurrente:

"Los anteriores principios sobre generosidad de una marca, que se han debido utilizar en el evento en que se hubiera interpretado correctamente la norma, debían haber llevado a la conclusión de que la palabra *oferta*, para distinguir papeles higiénicos, no era una expresión genérica, puesto que el nombre apelativo *oferta,* no es genérico por no ser papel higiénico (y los demás artículos de la clase 16 del Decreto 755 de 1982) una clase incluida dentro de *oferta* (que sería la clase incluyente)".

Por tratarse de la interpretación de una norma comunitaria de la cual se pidió interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y siendo tal interpretación obligatoria de conformidad con el

artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, aprobado por la Ley 17 de 1980, la Sala acoge su sentencia de cuya parte considerativa cabe resaltar:

"Pero además de los criterios generales expuestos, debe tenerse muy en cuenta el Derecho Marcario, y dentro de él las normas comunitarias que ahora se interpretan, buscan ante todo que en el uso de las marcas exista claridad y que se evite cualquier tipo de confusión que pueda inducir a error a los consumidores -ver Decisión 85, y en especial sus arts. 56 y 58 lits. a), c), d), f) y g)-. A la luz de este postulado debe analizarse el término *oferta* del cual, se trata en el presente proceso, y al que se referirá el Tribunal desde el punto de vista conceptual, sin entrar por ello a calificar hecho alguno. (Tratado de Creación, art. 30).

"Según el diccionario de la Real Academia, *oferta* es 'presentación de mercancías en solicitud de venta', y 'ofertar' es 'en el comercio, ofrecer en venta un producto'. No cabe duda de que son vocablos genéricos, gramaticalmente, ni de que se refieren a toda clase de mercancías o de productos que estén en el mercado.

"Es cierto que el término *oferta*, utilizado como marca de una clase de papel, no se confunde con ese producto, ni con ninguno otro, y de allí que tenga, potencialmente, cierta novedad que lo haría admisible como marca, a pesar de ser un vocablo genérico. Pero ocurre que cualquier producto o servicio que esté en el mercado -inclusive, por supuesto, todo tipo de papel- si bien no *son oferta*, sí *están en oferta*. O sea que aunque el término puede ser distintivo materialmente, podría prestarse a confusión desde el punto de vista funcional, que es precisamente el que más interesa al derecho de marcas. Lo mismo ocurriría con muchos otros términos genéricos y equívocos, que metafóricamente podrían ostentar cierta individualidad que, en principio, los harían aptos como marcas, pero que podrían dar lugar a inevitables confusiones utilizados como sustantivos o verbos comunes, y aplicables por tanto a toda clase de bienes y servicios. Así ocurriría, por ejemplo, con 'demanda', 'servicio', 'rebaja', 'ganga', 'baratillo', etc.

"En resumen, vocablos como los citados, si bien teóricamente podrían llegar a ser novedosos en su relación concreta con un producto, pueden llegar a ser equívocos y ambiguos dentro del lenguaje que usualmente se utiliza en el mercado. De ser así, resultarían inadmisibles como marcas, de acuerdo con las disposiciones de la Decisión 85 antes citadas".

CONCLUYO EL TRIBUNAL ASI:

"1º La generosidad de una denominación que impide que ella pueda ser objeto de registro como marca, de conformidad con el artículo 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, debe ser estimada en su relación directa y concreta con el producto o servicio de que se trate, y no tan sólo desde el punto de vista gramatical.

2º No obstante lo anterior, cualquier denominación que pueda resultar ambigua o equívoca dentro del lenguaje usual en el marcado, así no sea 'genérica' *strictu sensu,* no es susceptible de ser registrada como marca de acuerdo con la citada Decisión, conforme antes se ha explicado".

Como puede apreciarse, coincide la interpretación que del literal c) del artículo 58 de la Decisión 85 hizo el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena con la interpretación que de esta norma hizo la sentencia acusada, por lo cual debe concluir la Sala que el error *in judicando* que se imputa al fallo por interpretación errónea del artículo 58 literal c) es infundado.

b) falta de aplicación del artículo 58 a) y del artículo 58 c) de la Decisión 85, en cuanto a los signos descriptivos y engañosos.

Sostiene el impugnante que para poder determinar la irregistrabilidad de un signo como marca se ha debido hacer un análisis completo de lo dispuesto en los literales a) y c) del artículo 58 de la Decisión 85, esto es, de si se trata de un signo contrario al orden público o a las buenas costumbres, engañoso, o genérico, o descriptivo o necesario. Y a continuación hace un estudio de cada una de estas nociones, para concluir que

la palabra *oferta* no está comprendida en las prohibiciones a que se refieren estos literales.

La violación de la ley sustancial por falta de aplicación como es sabido tiene ocurrencia cuando al dictar sentencia el juez no la aplica, debiendo haberla aplicado; es decir, que para que se dé esta violación es presupuesto indispensable que se determine que sí debía haberse aplicado la disposición que se estima vulnerada. Y como en el *sub judice* lo que el recurrente sostiene es que la palabra *oferta* no es signo contrario al orden público, o las buenas costumbres, ni es engañoso, ni genérico, ni descriptivo, ni necesario y que por ello no está contenido en las prohibiciones de los literales a) y c) de la Decisión 85, la conclusión obligada es que estos preceptos, en su sentir no eran aplicables al caso, luego la acusación del fallo por inaplicación de tales textos resulta palmariamente improcedente.

c) Indebida aplicación de los artículos 583-1 y 584 del Código de Comercio, falta de aplicación de los artículos 20 de la Carta y 57 y 84 de la Decisión 85.

Sostiene el impugnante que por considerar el fallo que "el signo *oferta* es genérico, (mejor hubiera sido considerarlo engañoso), cuando no era ni lo uno ni lo otro", aplicó indebidamente el artículo 583-1 del Código de Comercio que incluye como nota característica en la definición de marca, que debe ser distintiva.

Habiéndose determinado que no erró la Sección al concluir que el signo *oferta* no era registrable, por no ser suficientemente distintivo del producto, el cargo de aplicación indebida del numeral primero del artículo 583 del Código de Comercio carece de fundamento, pues esta norma dispone que "se entiende por marca de productos todo signo que sirva para distinguir los productos de una empresa de los otros" y lo que expresa la sentencia es que la palabra oferta no reúne las exigencias de distintividad de que trata la norma.

La indebida aplicación del artículo 584 del Código de Comercio la hace consistir el censor, por una parte, en que siendo la palabra *oferta* signo suficientemente distintivo por no estar comprendido dentro de las

prohibiciones de registro, no podía aplicarse este precepto, que sólo permite emplear como marca signos distintivos; y por otra parte, en que si por disposición del artículo 84 de la Decisión 85 cuando un asunto está regulado por el derecho comunitario se aplica éste y no el nacional, la norma aplicable era el artículo 57 de la Decisión 85, no el artículo 584 de la codificación mercantil nacional.

Finaliza diciendo que desde luego aplicado el artículo 57 de la Decisión 85 o el artículo 584 del Código de Comercio "cualquiera de ellas sería indebidamente aplicado, por cuanto mientras el signo utilizado como marca no está comprendido en una prohibición, el signo debe ser considerado distintivo".

Analizado como está que la sentencia no erró al estimar que a la luz del literal c) del artículo 58, la palabra *oferta* no era signo suficientemente distintivo, la afirmación del fallo de que esta palabra no reúne la condición de distintividad que exige el artículo 584 del Código de Comercio resulta apenas una consecuencia lógica en la motivación de la providencia; y en cuanto a la aplicación del artículo 57 de la Decisión 85, en lugar del artículo 584 del Código de Comercio, es absolutamente improcedente, porque el artículo 57 se refiere a las denominadas "marcas colectivas" que nada tienen que ver con el proceso que decidió el fallo acusado.

Por último, respecto a la censura por falta de aplicación del artículo 20 de la Constitución Política de 1886 que según el impugnante permite a los particulares registrar como marca cualquier signo no incluido en prohibición, basta señalar para declarar su improcedencia, que habiéndose llegado a la conclusión de que acertó la Sección cuando consideró la marca *oferta* cobijada por una prohibición, no procedía aplicar la libertad marcaria amparada por el precepto constitucional invocado.

d) Interpretación errónea del artículo 58 c) de la Decisión 85, en cuanto a los signos genéricos y falta de aplicación de la misma disposición en cuanto a los signos descriptivos y necesarios.

Sobre esta censura dice el recurrente que es procedente acusar una misma disposición por interpretación errónea y por falta de aplicación cuando contiene distintas proposiciones jurídicas completas. Y expresa

que se equivocó la sentencia en la interpretación de lo que es signo genérico y no aplicó lo referente a signos necesarios y descriptivos.

Sobre la primera parte de este cargo nada habrá de agregar la Sala, pues ya fue objeto de análisis. Sobre la segunda, deberá reiterar lo ya dicho al estudiar la censura de falta de aplicación del literal a) del mismo precepto, toda vez que si el recurrente está afirmando que el signo *oferta* era registrable por no ser un signo descriptivo o necesario, no puede reclamar la aplicación de la norma que precisamente de haber sido aplicada habría dado lugar a la negativa del registro.

CARGOS SEGUNDO A CUARTO

Como bien lo hace notar la sociedad opositora a la impugnación, la fundamentación de estos cargos es la misma que sustenta la primera censura, sólo que presentada en diferente forma para precaver la eventualidad de que el Consejo estime mal formulado el primer cargo. Por ello, habiendo sido analizada la fundamentación del primer cargo, la Sala se abstiene de estudiar las acusaciones restantes.

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:

N*o prospera* el recurso de anulación interpuesto contra la sentencia de 12 de septiembre de 1987, proferida por la Sección Primera de esta Corporación en el proceso de instancia con el número 360.

No hay lugar a condena en costas por no haberse causado.

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

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala Plena en sesión del 1º de febrero de 1993.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente. *Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Mirén de la Lombana de*

SALA PLENA

Magyaroff, Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn, salva voto, *Juan de Dios Montes Hernández, salva voto; Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

REGISTRO DE MARCA - Improcedencia (Salvamento de voto)

No hay violación del artículo 583-1 del C. de Co., porque la palabra* oferta *no sirve para distinguir los productos de una empresa de la otra, ya que tiene en el lenguaje común y en la terminología jurídica, un uso genérico para ofrecer en venta bienes o servicios, la que al ser aceptada por el tercero, conlleva la obligación de realizar el negocio jurídico objeto de la* oferta*: Se trata por lo mismo de un vocablo no susceptible de ser apropiado como marca restringiendo de ese modo la actividad comercial de la cual es un medio para realizar uno o varios negocios.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Consejero Ponente: Dr. *Carmelo Martínez Conn.*

Ref.: Expediente número A-063.

Recurso de anulación.

Actora: Sociedad de Productos Familia S.A.

FALLO:

La sociedad denominada "Papeles e Inversiones S.A.", antes "Papeles Suaves de Colombia S.A.", por conducto de apoderado, interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 12 de septiembre de 1987, dictada por la Sección Primera de esta Corporación mediante la cual declaró nula la Resolución 07923 de 23 de octubre de 1984, dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio que autorizó el registro de la marca "Oferta", a favor de Papeles Suaves de Colombia S.A. sociedad con domicilio en la ciudad de Medellín, por el término de cinco (5) años, para distinguir, papel y artículos de papel, cartón y artículos de

cartón, impresos, diarios y periódicos, libros, artículos de encuadernación, fotografías, etc., comprendidos en la clase 16 del Decreto 755 de 1972, en juicio promovido por "Productos Familia S. A."

RELACION PROCESAL:

1º La Sociedad Productos Familia S. A., instauró demanda ante esta Corporación el 12 de junio de 1986, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., para que fuera anulada la Resolución 07923 de octubre 23 de 1984 por la cual el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico, concedió a Papeles Suaves de Colombia S. A., el registro por cinco años de la marca "Oferta" para distinguir artículos de la clase 16 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972.

2º Alegó la sociedad actora que la expresión *oferta* es genérica, pues se deriva de la acción *ofrecer* que significa "Prometer, obligarse uno a dar, hacer o decir algo", y "Oferta" implica una promesa que se hace de dar, cumplir o ejecutar una cosa, según el diccionario de la Lengua Española, edición de 1970. En sentido jurídico, equivale a la acción de proponer unilateralmente la celebración de un contrato, que en caso de resultar aceptada, genera obligaciones.

3º Agrega que las expresiones genéricas por mandato legal, no son susceptibles de registro marcario, por su naturaleza y porque no son aptas para distinguir los productos o servicios de una empresa de las de otra. Dice que el registro es tan ilegal, que bajo su amparo sus titulares están en condiciones de impedir el libre ejercicio del comercio a quienes pretendan realizar oferta mercantil.

En cuanto a las normas violadas la demanda señala el Decreto 1190 de 1978 por el cual se incorporó a la legislación nacional la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, artículos 56, 58 literales a) y c) y artículos 62 y 64 *ibidem.* Además los artículos 583 Nº 1; 584 y 585 Nº 1, -y 585 Nº 4 del Código de Comercio-.

Tramitado el expediente, la Sección Primera en sentencia de 12 de septiembre de 1987 decretó la nulidad de la Resolución 07923 de 23 de octubre de 1984, por considerar que la expresión "oferta" es un término genérico no susceptible de registro como marca.

4º Propuso entonces la parte vencida recurso de anulación de la sentencia (fls. 124/160) formulando tres (3) cargos, así:

Primer cargo

Acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial: a) por interpretación errónea del artículo 58-c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, incorporada a la legislación interna por el Decreto 1190 de 1978, en cuanto a los signos genéricos; b) por falta de aplicación del artículo 20 de la Carta y de los artículos 57, 58-a), 58-c) en cuanto a los signos necesarios y los signos descriptivos y 84 de la Decisión 85, y c) por indebida aplicación de los artículos 583-1 y 584 del Código de Comercio.

SE EXAMINA EL CARGO:

Para la Sala las normas del Acuerdo de Cartagena no son aptas para dirimir un conflicto económico entre personas naturales o jurídicas de los países que conforman el Pacto Subregional Andino, derivados de situaciones internas, como el caso *sub lite*, surgido como consecuencia de haberse registrado a favor de Papeles Suaves de Colombia S. A., la marca "oferta" para distinguir artículos que ella produce comprendidos en la clase 16 del Decreto 755 de 1972, sino que es aplicable el derecho local porque el conflicto de intereses no es entre una sociedad con domicilio en alguno de los países de la Subregión con el Gobierno de Colombia, en cuanto se le desconozcan derechos garantizados en el Pacto Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena, sino, como ya se ha indicado, de dos sociedades colombianas con domicilio social en la misma ciudad de Medellín, a propósito de la concesión como marca de la expresión "oferta" que la sociedad actora estima no registrable por ser expresión genérica y por ello no susceptible de marca como signo distintivo de sus productos o servicios. En cambio, el derecho Subregional Andino es un derecho supranacional que regula los conflictos de intereses que pueden presentarse entre personas naturales o jurídicas domiciliadas en cualquier país de los que integran el Pacto Andino con los gobiernos o personas domiciliadas en los países miembros, a propósito, por ejemplo, del registro de marcas comerciales, pero que el derecho interno es de aplicación preferente en la solución de conflictos locales, es obvio.

En efecto, así surge de la lectura atenta de los antecedentes y fines del Pacto Andino y de la creación del Tribunal de Justicia Andino.

El antecedente inmediato del Pacto Andino es la Declaración de Bogotá, suscrita el 16 de agosto de 1968 por los Presidentes de Colombia, Chile y Venezuela, y los delegados personales de los Presidentes de Ecuador y Perú, que luego de realizar conversaciones en torno de problemas comunes que atañen al destino de estas naciones, llegaron a conclusiones sobre aspectos de política internacional haciendo formulaciones sobre la paz mundial, especialmente sobre la situación del conflicto bélico de Vietnam, expresan su solidaridad con los pueblos que luchan por su desarrollo, su convicción sobre la necesidad de vigorizar el sistema interamericano, y la necesidad de afianzar la democracia representativa, reafirmar el principio de no intervención y su convicción en la necesidad de realizar reformas sustanciales de las estructuras institucionales, económicas y sociales; la urgencia de la creación del mercado común centroamericano y en la asociación latinoamericana de libre comercio, todo con el fin de alcanzar la integración económica latinoamericana, la de las zonas fronterizas y la física; la adopción de proyectos multinacionales en los que participen empresarios de varios países, la conveniencia de que los países participantes busquen la armonización de sus políticas monetarias y formas de cooperación para la investigación y enseñanza científica, cooperación comercial y financiera internacional.

El Acuerdo de Cartagena fue suscrito por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela el 28 de mayo de mil novecientos setenta y nueve que estuvieron representados por los señores David Padilla Arencibia, Julio César Turbay Ayala, Alfredo Poveda Burbano, Francisco Morales Bermúdez y Luis Herrera Campins y entre sus objetivos está el de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración previstos en el Tratado de Montevideo.

Posteriormente se suscribió el Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, para dirimir las controversias que puedan surgir con ocasión de la aplicación del ordenamiento jurídico del

Acuerdo de Cartagena, el cual comprende: El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta.

En cuanto a la competencia del Tribunal, ella está circunscrita a la acción de nulidad de las decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta que se dicten con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, cuando sean impugnadas por algún país miembro, la Comisión, la Junta o las personas naturales o jurídicas, según lo previsto en el artículo 1º del tratado que creó el Tribunal; los países miembros sólo podrán intentar la acción de nulidad, en relación con aquellas decisiones en cuya aprobación no hubieren intervenido; y las personas naturales o jurídicas podrán intentar la acción de nulidad contra las decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta que les sean aplicables y les causen perjuicios.

La acción de incumplimiento puede ser promovida por la junta o por un país miembro contra otro que ha incumplido las obligaciones derivadas del Acuerdo.

Es obvio que las personas naturales o jurídicas pueden acudir a los tribunales nacionales competentes de conformidad con el derecho interno, cuando los países miembros incumplan el artículo 5º del Tratado, conforme al cual los países miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, o por adoptar medidas que sean contrarias a tales normas o se obstaculice su aplicación. Finalmente, a dicho Tribunal de Justicia le compete la interpretación prejudicial de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

Como queda claro, el caso *sub lite,* se resuelve con la aplicación de la legislación nacional cuyas normas prevén el caso y le dan solución similar a la de la legislación universal sobre marcas y patentes, entre otras, las de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Por tanto, sólo se estudiará este cargo primero en cuanto acusa la violación por aplicación indebida, de los artículos 583-1, 584 del Código de Comercio.

En el acápite correspondiente (fls. 148 del exp. y 25 del memorial contentivo del recurso), el recurrente expresa:

"Por considerar el Consejo que el signo *oferta* era genérico (mejor hubiera sido considerarlo engañoso), cuando no eran (sic) ni lo uno ni lo otro, aplicó indebidamente el artículo 583-1 del Código de Comercio, en cuanto se incluye en la definición de marca características (género próximo en la terminología de Aristóteles) de que debe ser distinta, y artículo 584 del Código de Comercio, en cuanto considera que son registrables todos los otros signos que son distintivos.

"La indebida aplicación del artículo 584 del C. de Co. obedece a dos razones: Por una parte se debe a que no aplicó el artículo 84 de la Decisión 85, conforme al cual, cuando el asunto está regulado en la Decisión 85, no se aplica la ley nacional, sino lo dispuesto en el Régimen Común (Decisión 85), pues de no ser así el régimen dejaría de ser común, y por lo tanto la norma aplicable era el artículo 57 de la Decisión 85 que establece el mismo principio para que una marca se pueda registrar, debe estar formada por un signo suficientemente distintivo. Y, por otra parte se aplicó indebidamente el artículo 584 del C. de Co. pues, como se ha visto, el signo "oferta" para distinguir papeles higiénicos es distintivo al no estar comprendido en ninguna de las prohibiciones".

SE CONSIDERA:

Como ya se ha establecido, no cabe acusación por violación del derecho supranacional de los países que conforman la Subregión Andina, por no tratarse de un conflicto con violación de tales normas sino de intereses encontrados de sociedades nacionales; se estudiará sólo la violación que se acusa de normas nacionales, artículos 583-1 y 584 del Código de Comercio.

Dice el artículo 583-1 del Código de Comercio:

"Se entiende por marca de productos todo signo que sirva para distinguir los productos de una empresa de los de otra".

Dijo la Sección Primera en la sentencia acusada:

"De acuerdo con las anteriores definiciones, no se requiere de mayor esfuerzo para llegar a la conclusión de que la palabra 'oferta', dado su empleo común y obligado dentro de la práctica comercial, constituye un típico sustantivo genérico. Puede en efecto haber muchas especies de ofertas, según la modalidad que asuma o la clase de artículo sobre la que recaiga. La palabra genérica, al no ser en consecuencia apta, dada su excesiva amplitud, para distinguir en forma inequívoca un producto dado, no reúne las exigencias de distintividad de que tratan los artículos 583 y 584 del C. de Co. Así lo ha entendido igualmente la doctrina foránea. Por ejemplo. Messineo, haciendo referencia a la legislación italiana, dice: 'No pueden ser objeto de patente como marca: a) las palabras, figuras o signos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (ilicitud de la marca); b) las denominaciones genéricas (por ejemplo, marsala, vermouth, fibra) y las indicaciones descriptivas' ". (Derecho Civil y Comercial. T. III pp. 408 y 409).

"Tiene por consiguiente razón el señor Fiscal cuando anota que el término *oferta* apropiado por Papeles Suaves de Colombia S. A., como marca para su producto papel higiénico, constituye un factor de confusión y error que no otro es el resultado a que conduce el empleo de la denominación genérica. Al conceder por ende la Superintendencia de Industria y Comercio el registro, como marca, de las tantas veces aludida palabra incurrió en palmario quebranto de las normas superiores antes citadas, lo que impone, a fin de restaurar la legalidad vulnerada, la declaratoria de nulidad correspondiente".

Y el artículo 584 del Código de Comercio, cuya violación también se acusa, expresa:

"Podrán emplearse como marcas denominaciones arbitrarias o de fantasía, palabras de cualquier idioma, nombres propios, seudónimos, nombres geográficos, frases de propaganda, dibujos, relieves, letras, cifras, etiquetas, envases, envolturas, emblemas, estampados, timbres, viñetas, sellos, orlas, bandas, las combinaciones o disposiciones de colores y cualquier otro signo que sea distintivo.

"Para apreciar si el signo es distintivo se tendrá en cuenta las circunstancias especiales que concurran como la duración de uso del

mismo en calidad de marca en Colombia o en otros países, o que se considere distintivo en los medios comerciales nacionales o extranjeros.

"Para cuando la norma consista en una palabra de idioma extranjero o en un nombre geográfico, deberá indicarse al pie de ella el lugar de fabricación del producto".

SE CONSIDERA:

Para la Sala no se remite a dudas que no hay violación del artículo 583-1 del Código de Comercio, porque la palabra *oferta* no sirve para distinguir los productos de una empresa de la otra, ya que tiene en el lenguaje común y en la terminología jurídica, un uso genérico para ofrecer en venta bienes o servicios, la que al ser aceptada por el tercero, conlleva la obligación de realizar el negocio jurídico objeto de la *oferta*: se trata por lo mismo de un vocablo no susceptible de ser apropiado como marca restringiendo de ese modo la actividad comercial de la cual es un medio para realizar uno o varios negocios. No prospera por tanto, el cargo de violación del artículo 583-1 del Código de Comercio.

Y en cuanto a la violación del artículo 584, es evidente que ella no se da en relación con el primer inciso, pues no encaja la palabra *oferta* en ninguno de los casos de registro de marca; y en cuanto al segundo inciso del mismo artículo, no se aprecia que esa palabra pueda considerarse como signo distintivo o que respecto a su uso por la recurrente, concurran circunstancias especiales como la duración de un uso anterior a la concesión como marca por el acto demandado por tiempo prolongado en Colombia o en otros países. No prospera el cargo.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 20 de la Constitución por interpretación errónea del artículo 58-c de la Decisión 85; falta de aplicación de los artículos 57 y 58-a de la Decisión 85, indebida aplicación de los artículos 583-1 y 584 del Código de Comercio.

Para fundamentarlo expresa que "para el evento que la Sala Plena del Consejo considere que una misma norma (art. 85-c) de la Decisión 85 no puede ser interpretada erróneamente y dejada de aplicar, formuló el cargo

sobre la base de que todo el artículo 85-c fue interpretado erróneamente, puesto que como se vio en el cargo primero, el término *oferta* para distinguir Papel Higiénico no es genérico".

SE CONSIDERA:

El artículo 20 de la Constitución vigente cuando se formuló el recurso extraordinario de anulación, es norma declarativa que no consagra ningún derecho susceptible de violación directa por medio de una sentencia. El expresa: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas".

Para que la acusación por violación de esta norma sea viable, se requiere la violación de otra de carácter legal que ampare un derecho y en tal caso la violación de la Constitución sería indirecta y no directa, según la exigencia del artículo 197 del Código Contencioso Administrativo. (Dec. 01 de 1984). Se desecha el cargo.

Tercer cargo

Se formula diciendo: "Acuso la sentencia por violación del artículo 58-a y c) de la Decisión 85, falta de aplicación de los artículos 57 y 58 de la Decisión 85 e indebida aplicación de los artículos 583-1 y 584 del C. de Co".

FALLA:

1º *No prospera* el recurso de anulación.

2º Se condena en costas a la parte recurrente.

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

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

Alvaro Lecompte Luna, Presidente. *Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly*

SALA PLENA

Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Consuelo Sarria Olcos.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Ref.: Expediente número A-063.

Recurso de anulación.

Actora: Sociedad de Productos Familia S.A.

Santafé de Bogotá, D. C., febrero 8 de 1993.

Adjunto a la presente el proyecto de sentencia que presenté a la Sala, negando el recurso extraordinario de anulación, y que no fue acogido por la mayoría de ésta. En él está consignado mi pensamiento al respecto.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Ref.: Expediente número A-063.

Recurso de anulación.

Actora: Sociedad Productos Familia S. A.

Comparto el proyecto presentado por el doctor Carmelo Martínez Conn que no obtuvo los votos reglamentarios para su aprobación y que obran a folios 344 a 354, y además, porque considero que en materia de Derecho Internacional en nuestro país últimamente se han presentado confusiones respecto al dualismo y al monismo jurídico. Situación que también se da en las normas de derecho de la integración de carácter supranacional como lo son las que constituyen el Pacto Andino.

Fecha, *ut supra.*

Juan de Dios Montes Hernández.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / LUCRO CESANTE / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

La llamada, por la jurisprudencia, congruencia externa de la sentencia se refiere a la concordancia entre lo resuelto y el pedido de las partes, y tiene su fundamento en el artículo 170 del C. C. A. Si la demanda ciertamente no fundamentó ni explicó en forma alguna la petición de indemnización de "lucro cesante", también es cierto que dentro de las pretensiones quedó consignado este factor. La pretensión no fue imprecisa, sino carente de fundamentación, explicación y sustento probatorio, pero al estar planteada ha debido dársele alguna solución negativa, positiva o inhibitoria. Prospera el recurso extraordinario en cuanto a que la sentencia acusada, transgredió la jurisprudencia que consagra el principio de congruencia (externa en este caso) al guardar silencio sobre una de las peticiones formuladas en la demanda; pero no prospera en cuanto a la condena por razón del "lucro cesante".

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 9 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Jaime Abella Zárate.*

Ref.: Expediente número S-207.

Recurso extraordinario de súplica.

Actor: Sergio Sierra Doval.

FALLO:

Se decide el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado del señor Sergio Sierra Doval contra la sentencia condenatoria dictada por la Sección Tercera de esta Corporación el 18 de marzo de 1991, en el proceso de responsabilidad extracontractual promovido contra la Administración Postal Nacional y el Instituto Nacional de Salud.

BREVE RECUENTO DE LOS HECHOS

Los hechos que dieron origen a la demanda consistieron en que en el mes de septiembre de 1977 la Administración Postal Nacional dio al servicio una emisión de un millón de estampillas de correo aéreo ($5 c/u), conmemorativa del centenario del nacimiento del científico Federico Lleras Acosta. En tales estampillas se reprodujo parcialmente un retrato del profesor que estaba en poder del Instituto Nacional de Salud y había sido pintado por el demandante y sin permiso ni autorización de éste, ni con reconocimiento de su autoría. Que ninguna de las entidades mencionadas reconoció al maestro Sierra Doval suma alguna por la reproducción no autorizada e ilegal de su obra.

Con apoyo en varias disposiciones de la Ley 86 de 1946 (arts. 11, 50, 7 y 49) entonces vigente por haber sido presentada la demanda en septiembre de 1980 y otras normas como los artículos 16 y 20 de la C. N., pidió las siguientes declaratorias y condenas:

> *"Primero.* Declarar que la Administración Postal Nacional y el Instituto Nacional de Salud son administrativamente responsables de la lesión de los derechos del señor Sierra, y en general de los perjuicios de todo orden que se le causaron al efectuar la operación administrativa de emisión postal de estampillas conmemorativa del centenario del nacimiento del doctor Federico Lleras Acosta, y distribución y venta de las mencionadas estampillas, en las cuales, sin derecho y en forma irregular, se reprodujo parte de un cuadro que el maestro Sergio Sierra había pintado años atrás.
>
> *"Segundo.* Que la Administración Postal Nacional y el Instituto Nacional de Salud deben pagar a mi poderdante los perjuicios de todo orden, materiales y morales, debidamente actualizados, comprensivos tanto del daño emergente como del lucro cesante que se causaron al maestro Sierra al realizar las ya citadas operaciones administrativas de emisión, distribución y venta de estampillas conmemorativas".

Luego de reconstruir el expediente y practicar numerosas pruebas, la Sección Tercera reconoció en la sentencia recurrida la conformación de la falla en el servicio y la clara violación de los artículos 11 y 50 de la Ley

86 de 1946 y la producción de perjuicios al actor por la utilización de la obra sin su autorización. Dice el fallo en uno de sus apartes: "El perjuicio para el actor se infiere no sólo de la reproducción no autorizada de la obra, sino también de la omisión de su nombre en el cuerpo de las estampillas" (p. 15).

Para los efectos que interesan a este recurso extraordinario conviene copiar lo expuesto con relación a la condena decretada en el fallo:

"Establecida la existencia del perjuicio pero no su monto, se impone la condena en abstracto.

"Para el efecto deberá liquidarse dicha condena con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil. Se dispone tal cosa, porque si bien es cierto el Decreto 2282 de 1989 derogó el trámite establecido para el efecto en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 308, no es menos cierto que la condena en abstracto en el proceso administrativo subsiste por tener norma especial que la respalda o sea el artículo 172 del C. C. A. El incidente deberá presentarse dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de este fallo. Se señala este término judicial por no existir ya término legal (art. 119 del C. de P. C.).

"En la futura liquidación deberán tenerse en cuenta entre otras las siguientes pautas:

a) El valor histórico de la condena por perjuicios materiales no pasará de dos millones de pesos;

b) Pericialmente deberá determinarse el monto de los perjuicios que sufrió el maestro Sierra con la utilización, no autorizada, de su obra en la emisión de la estampilla;

c) El valor histórico que se determine deberá actualizarse con apoyo en los índices de precios al consumidor que certifique el Dane con sujeción a la siguiente fórmula: Vp = vh ind. f/ind. i de donde Vp. será el valor presente o actualizado de la condena; vh, el valor histórico a la fecha de la emisión; ind. f o índice final a la fecha de la ejecutoria de este fallo; e ind. i o índice inicial a la fecha de su emisión.

"En cuanto a los perjuicios morales, la Sala estima que esa usurpación de los derechos, en especial en cuanto a la omisión del nombre del autor en una emisión de estampilla oficial, es un hecho que le restó oportunidades futuras a éste, no sólo desde el punto de vista comercial, sino de prestigio.

"Para la Sala éstos se pueden tasar en un equivalente en pesos de 500 gramos oro. Esa equivalencia se determinará a la fecha de ejecutoria de este fallo, con sujeción a la certificación del Banco de la República".

"...".

Y, la parte resolutiva de la sentencia quedó concretada en lo siguiente,

FALLA:

"1. Declárase administrativa y solidariamente responsable a la Administración Postal Nacional y al Instituto Nacional de Salud por los perjuicios causados al señor Sergio Sierra Doval por los hechos narrados en la motivación.

"2. En consecuencia, se les condena a pagar al mencionado señor los perjuicios causados así: Por concepto de perjuicios morales el equivalente a 500 gramos oro; equivalencia que certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo. Esta condena se entiende en concreto; y por concepto de perjuicios materiales, en abstracto, lo que se liquide en forma incidental (art. 137 del C. de P. C.) y con sujeción a las pautas dadas en la parte motiva. Incidente que deberá formularse en el término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

"3. La sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A."

Oportunamente el apoderado pidió con apoyo en el artículo 311 del C. de P. C., adición y complemento de la sentencia en el sentido de proveer y decretar la condena e indemnización por concepto de *lucro cesante.*

Esta petición fue resuelta negativamente por la Sección Tercera por considerar que la demanda en cuanto a pretensiones fue bastante impre-

cisa al pedir en forma genérica la indemnización de los perjuicios sin discriminación entre lo reclamado por daño emergente y lucro cesante, pero, "además, la Sala estima que en la forma indicada están comprendidos todos los perjuicios posibles y que adicionarlo en la forma propuesta equivaldría no a acatar el mandato del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil sino a violar expresa y abiertamente la orden contenida en el artículo 309 del mismo estatuto que dispone en forma imperativa que 'la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció' ".

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso de súplica incoado tiene por objeto concreto que se provea lo correspondiente al "lucro cesante", como parte integrante de los perjuicios materiales.

La impugnación a las providencias del 18 de marzo y del 28 de mayo de 1991, se basa en considerar transgredida doctrina o jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre dos temas concretos: sobre el contenido o congruencia de las sentencias y el lucro cesante como parte integrante de los perjuicios materiales.

Sobre estos dos temas citó las siguientes sentencias que la relatoría trajo al expediente con el respectivo informe, a saber:

1. Sentencia del 30 de agosto de 1983, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. *Gustavo Humberto Rodríguez.* Exp. 10.910. Actor: *Francisco Nicolás Forero Ruiz.* Se encuentra publicada en Anales del Consejo de Estado 1983. Segundo Semestre. Volumen 2, pp. 1.087-1.091.

2. Sentencia de 10 de agosto de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.* Exp. S-044. Actor: *José A. Pedraza Picón.*

A las dos anteriores que se refieren al tema del principio de congruencia, la Relatoría agregó en su informe la referencia a las siguientes:

a) Sentencia del 5 de diciembre de 1988. Exp. S-036 Consejero Ponente Dr. *Alvaro Lecompte Luna.* Actor: *Julio César Ocampo Jaramillo;*

b) Sentencia del 29 de marzo de 1989. Exp. R-037. Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.* Actor: *Likes Bross. Steamchip C. Inc.*

Con relación al tema de los perjuicios, fueron citadas:

3. Sentencia de 7 de septiembre de 1982. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. 10514. Consejero Ponente: Dr. *Eduardo Suescún.* Actora: *Denis María Torregoza Mercado.* Publicada en Anales 1982. Segundo Semestre pp. 949-957.

4. Sentencia de marzo 19 de 1991. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente R-054 Consejero Ponente: Dr. *Carmelo Martínez Conn.* Actora: *María del Carmen Rico Vda. de Alvarez.*

En resumen la queja del recurrente se refiere a que no obstante que la Sección Tercera en su fallo del 18 de marzo reconoció la existencia de perjuicios por la actuación administrativa y ordenó la condena y liquidación de la indemnización correspondiente, pero sólo en cuanto al daño emergente o parte de los perjuicios materiales, sin que se hubiera negado, ni decretado nada con relación al lucro cesante, no obstante haber sido incluido en las peticiones de la demanda.

Este es el aspecto que se refiere a la transgresión de la jurisprudencia sobre el principio de la congruencia.

Y, con relación al tema de los perjuicios las citadas sentencias se refieren al lucro cesante como parte integrante de los perjuicios materiales según la definición del artículo 1614 del Código Civil decretada tradicionalmente por el Consejo de Estado como respuesta a las peticiones de "indemnización de todos los perjuicios materiales".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Encuentra la Sala una íntima relación entre los dos temas planteados en el sentido de que el análisis de la comprensión del lucro cesante dentro de la indemnización decretada, sólo puede ser viable si se encuentra razón en el planteamiento del primer tema relativo a la transgresión del principio de congruencia de las sentencias. Por ello es correcto comenzar por el análisis de este tema.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS

En estricto rigor el tema decidido en la sentencia del 30 de agosto de 1983 (Consejero Ponente: Dr. *Gustavo Humberto Rodríguez)* consistió en considerar como fallo *extra petita* el que aplicó los artículos pertinentes de un estatuto (se trataba del Dec. 2400 de 1983) invocado en forma global por el demandante; llegó a la conclusión de que "no puede haber fallo *extra petita* por deficiencia en los fundamentos de derecho, sino con relación al *petitum*". Pero lo cierto es que en varias ocasiones se ha citado el planteamiento general doctrinario consignado en dicha sentencia como síntesis o fundamento del principio conocido como de la "congruencia" de la sentencia. Allí se formularon las siguientes consideraciones:

> "1. Es sabido que uno de los principios del procedimiento civil, aplicables por el contencioso administrativo, señalados por las normas positivas y explicados por la doctrina es el de la congruencia, que es interna en cuanto se exige armonía entre las partes motiva y resolutiva de la sentencia, y externa, en cuanto se requiere concordancia entre el pedido de las partes, consignado en la demanda y en las excepciones, y la decisión contenida en la sentencia.
>
> "Este principio, propio del sistema dispositivo, o congruente con él, puede ser violado por *ultra petita, extra petita* o *minus petita.* También la doctrina ha explicado que hay *ultra petita* cuando se reconoce un mayor derecho que el invocado por el demandante; *extra petita* cuando se reconoce un derecho que no ha sido reclamado, y *minus petita,* cuando se omite considerar los pedimentos".

Que la llamada, por la jurisprudencia, congruencia externa de la sentencia se refiera a la concordancia entre lo resuelto y el pedido de las partes, tiene su fundamento en el artículo 170 del C. C. A. que con las modificaciones consignadas en el artículo 38 del Decreto 2304 de 1989, dispone que la sentencia... "debe analizar los hechos en que se funda la controversia. Las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones *con el objeto de resolver todas las peticiones"* (destacado fuera del texto).

Dentro de este orden de ideas se observa que la demanda, si ciertamente no fundamentó ni explicó en forma alguna la petición de indem-

nización del "lucro cesante", también es cierto que dentro de las pretensiones quedó consignado este factor claramente, cuando en el numeral segundo pidió condenar a las entidades demandadas a "...pagar a mi poderdante los perjuicios de todo orden, materiales y morales, debidamente actualizados, comprensivos tanto del daño emergente *como del lucro cesante*, que se causaron al maestro Sierra..." (destaca la Sala).

La sentencia no hizo consideración alguna al respecto, como tampoco la había hecho el demandante, circunstancia que hubiera podido justificar en la sentencia una inhibición que no la consignó expresamente. Ante la petición de complementación de la sentencia. La Sección Tercera alcanzó a insinuar la razón de una negativa, pero tampoco la concretó. En efecto, la providencia del 28 de mayo expresó que "...Además, la Sala estima que en la forma decidida están comprendidos todos los perjuicios posibles...", lo cual hubiera dado justificación a una negativa al reconocimiento del alegado "lucro cesante". Pero no se inclinó la Sala por tal solución, sino por la de considerar improcedente la solicitud y no acceder a la adición y complemento pedido.

Para la Sala la providencia del 28 de mayo es criticable por lo siguiente: la pretensión no fue imprecisa, sino carente de fundamentación, explicación y sustento probatorio, pero al estar planteada, ha debido dársele alguna solución negativa, positiva o inhibitoria. Ante el silencio del primer fallo sobre este aspecto, era procedente la adición precisamente por ser una petición no resuelta (art. 309 C. de P. C.).

En tales condiciones el recurso está llamado a prosperar pero únicamente en cuanto a este aspecto, o sea, sin modificar la declaratoria de responsabilidad, la condena, por daños morales y materiales ya realizados en el fallo suplicado, lo que implica que sólo podrá adicionarse en el tema del lucro cesante que procede la Sala a considerar en el capítulo siguiente.

SOBRE EL LUCRO CESANTE

Las sentencias invocadas para los efectos de este recurso se refieren ambas a las condenas a que fue sometida la Nación al encontrársele responsable del fallecimiento de algunas personas; las indemnizaciones decretadas a favor de las parientes de las víctimas, además de los perjuicios morales, comprendieron los perjuicios materiales, para lo cual

en las respectivas liquidaciones se tuvieron en cuenta los ingresos mensuales, el vínculo familiar, la dependencia económica, etc. y se dividió en período vencido y período futuro. En la sentencia de septiembre de 1982, se consignaron algunas precisiones sobre los perjuicios principales y accesorios, para indicar que la condena se hacía *in integrum* (art. 20 C. de P. C.).

En cuanto al tema del "lucro cesante" solamente en la sentencia de marzo 19 de 1991 se refiere en el párrafo, también destacado por el impugnador, en los siguientes términos:

> "Los perjuicios materiales por definición legal, están constituidos por el daño emergente según los términos del artículo 1602 (sic) del Código Civil, según èl cual 'la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante', y según definición del Código Civil 'entiéndese por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento' " (art. 1604).

Pero en concreto la sentencia no dedujo ninguna consecuencia para liquidar los perjuicios, para lo cual es indicativo este otro párrafo:

> "En cuanto a los perjuicios materiales, tanto la madre del occiso como sus hermanos menores deberán ser indemnizados, ya que se comprobó que dependían económicamente de aquél, tal como se desprende de los testimonios de ...Como no se probó adecuadamente la actividad de comerciante que ejercía a la sazón... la liquidación tendrá que hacerse con base en el salario, mínimo legal para el sector primario, el que para la época fue fijado en $...".

En conclusión, la referencia que se hizo en la sentencia invocada (marzo 19/91) de la comprensión del daño emergente y del lucro cesante, con mención del artículo 1614 del Código Civil y la aplicación que a tales conceptos le hizo al liquidar la condena, está de acuerdo con lo que sobre el particular ha practicado la Sección Tercera de la Corporación y que resumió en el auto del 31 de agosto de 1990, en los siguientes términos:

> "El Consejo de Estado, en jurisprudencia bien decantada, con buen criterio matemático, que al presente, no ve motivo para variar, divide

en dos períodos el daño por lucro cesante consistente en ingresos por actividad laboral de quien auxiliaba a los perjudicados y de la cual éstos se verán privados por la desaparición de aquél a causa de la falla en el servicio. Estos períodos comprenden, uno el lapso que llama vencido o consolidado, que va desde el momento en que se produjo la falla y hasta la fecha de la sentencia que declara la responsabilidad del causante de daños y condena a su pago o de su ejecutoria (en general, se prefiere la última); el otro período, llamado futuro o de pago anticipado, comprende el lapso que va desde la fecha de la sentencia o desde su ejecutoria y hasta el término de vida probable de la víctima o del sobreviviente, el que fuere menor, cuando por las circunstancias del caso resulta demostrado que durante todo ese tiempo recibiría el auxilio del que se ve privado por el hecho perjudicial (v. gr. evento de la viuda o de los padres dependientes de quien fallece), o un lapso menor, cuando con las mismas circunstancias resulte cierto que el perjudicado no recibiría el auxilio, sino por un tiempo menor al de la vida probable del occiso (v. gr. caso de los hijos menores que se supone, por lo que ordinariamente acontece, que al llegar a la mayoridad o al terminar estudios profesionales que subvenía la víctima, dejarán de depender económicamente del benefactor, padre o madre)". (Exp. 5891 C. P.: Gustavo de Greiff Restrepo. Actores: Gabriel Ortiz y otros. Fallo 31-08-90).

Como puede observarse, la diferencia de la temática tratada en los casos de las dos sentencias invocadas con el de la impugnada en esta ocasión, no sólo imposibilita hacer la comparación de la jurisprudencia aplicada en aquéllas por lo resuelto en ésta, sino que no hay una clara determinación en el sentido que parece entenderlo el impugnador, de que pedida y concedida la indemnización de los "perjuicios materiales", ésta siempre debe comprender el daño emergente y el lucro cesante, de donde resulta obligatoria la cuantificación de ambos. No. El problema no es tan sencillo y para comprender la distinta naturaleza de uno y otro concepto y si se causan o no ambos en todos los casos, la Sala se remite a lo expuesto por la misma Sección Tercera en la sentencia del 27 de septiembre de 1990, Expediente 5835, en la que expuso:

"En relación con la cuantificación de los daños materiales, en primer lugar se observa que éstos se clasifican como emergentes y como

lucro cesante. En los primeros se comprenden los intereses patrimoniales actuales que han sido afectados con el hecho del cual se deriva la responsabilidad; en los segundos, el interés futuro o la utilidad futura que por la misma razón el afectado dejará de percibir.

"Ambos conceptos son objeto de reparación bajo el sistema legal colombiano, tanto en el campo contractual como en el extracontractual (arts. 1613 y 1614 del C. C.).

"El perjuicio de cualquiera de las dos especies, para ser indemnizable debe ser directo, cierto y determinado (en el campo contractual, el deudor de buena fe responde sólo de los perjuicios previstos o previsibles); el de mala fe debe indemnizar también los imprevistos (art. 1616 C. C.).

"Es directo el perjuicio cuando es consecuencia lógica e inmediata del hecho dañino; cierto es aquel que en cuanto a su existencia y extensión puede afirmarse (que no excluye, por tanto, al futuro, que es aquel aún no realizado pero que necesariamente habrá de producirse) y determinado es, aquel que puede ser tasado. (La certidumbre se distingue de su determinación, porque la primera dice relación a la existencia y extensión del daño y ésta con su cuantía).

"Ahora bien, la certidumbre, como dice Adriano de Cupis (El Daño, Ed. Bosch, Barcelona 1975, p. 315) 'dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con la certeza relativa, o sea con una consideración fundada y razonable', sin que importe para el efecto que el daño sea pasado, presente o futuro.

"Cuando se priva una persona propietaria de un caballo de carreras de que éste participe en una justa o cuando un profesional de derecho se le impide que presente una demanda, se les causa un perjuicio cierto; otra cosa será el problema de la determinación o medida de su contenido, pues, obviamente, el dueño del caballo no puede pretender que el premio ofrecido al caballo que llegara en primer lugar, constituye el daño que se le infiere por no haberlo dejado correr (un tercero) o lo que se le hubiera pagado al segundo, si hubiere ganado el pleito que indebidamente se le impidió iniciar.

"Por lo general, la evaluación o la medición del daño emergente no envuelve problemas mayores: el monto de la indemnización corresponderá al valor de reposición del bien o del interés destruido o averiado; algo salió del patrimonio del afectado por el hecho ilícito y debe retornar a él, bien en especie o bien en su equivalente para que las cosas vuelvan a ser como eran antes de producirse el daño pero aún en este caso podrán presentarse problemas; ya los señalaban Henry y León Mazeaud, al escribir 'cuando un objeto se destruye o se pierde, cabe dudar en tres valores para fijar el importe de los daños y perjuicios; el precio de compra de un objeto usado parecido, el valor venal del objeto destruido. La elección entre esos elementos debe hacerse, según parece, averiguando cómo reemplazar razonablemente el objeto destruido o perdido'. (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil número 2403 Ed. Jurídicas Europa, América, Buenos Aires 1977). Pero no sucede lo mismo con el lucro cesante pues tratándose de una ganancia frustrada no es siempre fácil determinar con certeza cuál era el provecho que la víctima podrá esperar obtener y no obtuvo en razón del mismo hecho dañino.

"Pero en este último caso ciertas reglas son admitidas, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina a saber:

"a) Si bien el daño por lucro cesante implica la pérdida de una utilidad que no es actual, el que pueda acreditarse que ella habría tenido existencia, es suficiente, en cuanto hace a su certeza;

"b) Teniendo en cuenta las circunstancias y las aptitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. (De Cupis, Ob. cit. p. 315).

"Al respecto sólo deben considerarse las utilidades realmente probables y no las posibles. Si se trata de un accidente corporal, por ejemplo, el lucro cesante se determinará a base de lo que ganaba o podrá ganar la víctima, atendidas su edad, condiciones físicas y morales, competencia, etc., pero no de lo que puede ganar por una situación extraordinaria o inesperada. (Alessandri Rodríguez D. la Responsabilidad Extracontractual, número 457, Ed. Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1981)".

Igualmente y con relación al lucro cesante causado a un comerciante por la pérdida de la mercancía, la misma Sección Tercera, en sentencia del 19 de octubre de 1990 (también con ponencia del Consejero Gustavo de Greiff) hizo las siguientes consideraciones:

"a) Cuando se habla, en materia de responsabilidad contractual o extracontractual de un daño que debe ser indemnizado, se quiere significar no un daño genérico ò hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio. Y el daño es la lesión de un interés jurídicamente tutelado; tampoco un interés en abstracto, sino uno concreto, considerado en una específica identidad.

"Por lo anterior es por lo que un mismo bien, al ser considerado con relación a los distintos intereses de varios sujetos que sobre él recaigan, tienen un valor diferente.

"Un bien A puede tener un valor diferente cuando está en el patrimonio de X que cuando lo esté en el de Y, dados los diferentes intereses que sobre él puede tener uno y otro. Para X el disponer del bien A por el empleo que puede darle como fuente de producción de otros bienes, puede ser especialmente provechoso, cuando, en cambio, para Y, el mismo bien puede apenas representar un interés marginal y servirle de medio de simple intercambio para obtener otros.

"En consecuencia, el 'daño a resarcir se mide por el que específicamente se ha unido al que lo ha padecido, lo que equivale a tomar en consideración el interés afectado'. Como bien lo dice el tratadista Adriano Cupis en su conocida obra que lleva precisamente el título correspondiente a este elemento, de la responsabilidad (El Daño, Barcelona 1975, p. 346), quien anota que por lo anterior la medida del interés afectado puede ser superior o inferior al valor de un determinado bien en el mercado. 'Sin que se deba excluir que la medida del interés sea inferior a la medida del bien, ya que puede suceder que su dueño no estuviere en condiciones de obtener todos los beneficios que normalmente cualquier persona podría hacerle producir" (cit. p. 349. Extractos de Jurisprudencia. T. X Nº 129 p. 75). Expediente 1326. Actor: Textiles Morfel Ltda. y Cía. S. C. A.

Siendo tan diferentes los casos resueltos en las sentencias de Sala Plena, invocadas en este recurso de súplica (indemnización por muerte de personas), al contemplado en la sentencia acusada (daño causado a un artista por la reproducción oficial inconsulta de su obra pictórica), es necesario concluir que ni está demostrada la contrariedad jurisprudencial, ni la causación de condena en razón de "lucro cesante", puesto que los hechos que dieron lugar a la condena a las entidades demandadas no afectan interés o utilidad futura del demandante y evidentemente, no se trata de un daño cierto y directo, ni de una lesión al patrimonio del artista, sino de la hipótesis de un daño genérico e incierto.

CONCLUSION

Prospera el recurso extraordinario en cuanto a que la sentencia acusada, transgredió la jurisprudencia que consagra el principio de congruencia (externa en este caso) al guardar silencio sobre una de las peticiones formuladas en la demanda; pero no prospera en cuanto a la condena por razón del "lucro cesante".

En consecuencia, se adicionará la parte resolutiva con una declaración en este último sentido, siendo entendido que por tratarse de una "adición" en nada modifica lo resuelto inicialmente por la Sección Tercera en cuanto a la declaratoria de responsabilidad y las condenas consignadas en la sentencia impugnada.

En mérito a 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:

Prospera parcialmente el recurso de súplica y en consecuencia, *se adiciona* la sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Corporación el 18 de marzo de 1991, en el Expediente número 3060. Actor: Sergio Sierra Doval, con el siguiente numeral:

"4. No hay lugar a condena en razón del 'lucro cesante' ".

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión del 1º de febrero de 1993.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente. *Dolly Pedraza de Arenas, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Mirén de la Lombana de Magyaroff,* ausente; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, ausente; Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Naturaleza / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Alcance / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

Dada su condición de extraordinario, en cuanto pretende suprimir los efectos de irreversibilidad e inmutabilidad de la cosa juzgada, el recurso de revisión procede únicamente contra las sentencias ejecutorias dictadas por las Secciones del Consejo de Estado y las de única instancia proferidas por tribunales administrativos; así mismo, los motivos o las causales para fundamentar la impugnación están restringidas a los señalados en el artículo 188 de Código Contencioso Administrativo. Al ejercitar el recurso debe ceñirse el recurrente en un todo a los preceptos que regulan las restringidas causales para no desnaturalizarlo formulando nuevamente las pretensiones denegadas en la instancia. A este recurso le son extraños todos los fundamentos que pretendan corregir o enmendar tanto los errores que hubieran podido cometerse en la elaboración de la demanda como los detectados en el procedimiento seguido antes de proferida la sentencia que se acusa; son improcedentes también aquellos fundamentos que varíen la naturaleza de las súplicas y de los fundamentos de derecho tenidos en cuenta para dictar la sentencia del proceso primitivo, materia de revisión.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales / DOCUMENTO FALSO

En términos del artículo 188-1 del Código Contencioso Administrativo, debe aparecer completamente establecido, de una parte la existencia de un documento que como prueba haya sido determinante en la decisión contenida en el fallo cuya revisión se solicita, y de otra la falsedad de dicho documento, presupuesto que no se da en el **sub lite.** *Es necesario que la falsedad del documento sea*

declarada por el juez penal. El recurso extraordinario de revisión no tiene por objeto demostrar la falsedad de los documentos aportados ni mejorar la prueba aducida en la instancia, pues no compete al juez administrativo hacer declaración en el primer sentido ni la naturaleza del recurso permite lo segundo.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel Viana Patiño.*

Ref.: Expediente número Rev.-037.

Recurso extraordinario de revisión.

Actor: Guillermo Gaitán Higuera.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de revisión impetrado por el señor Coronel (r.) Guillermo Gaitán Higuera contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 10 de febrero de 1993 (fls. 122 a 129 cdno. 1 anexo).

ANTECEDENTES

1. *Lo que se demandó en la instancia*

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A. (antes de ser modificado por el art. 15 del D. E. 2304 de 1989), por conducto de apoderado el Coronel (r.) Daniel Guillermo Gaitán Higuera demandó de la Sección Segunda del Consejo de Estado la declaratoria de nulidad de las Actas números 245 del 13 de abril de 1984 y 247 del 15 de junio del mismo año, expedidas y firmadas por la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales por medio de las cuales se negó al demandante el derecho a continuar como socio efectivo del mencionado Club.

A manera de restablecimiento del derecho el actor solicitó el reconocimiento y la prerrogativa de continuar en calidad de socio efectivo del Club Militar de Oficiales con todos los derechos, deberes, obligaciones y beneficios propios del régimen jurídico que gobierna ese establecimiento, y la expedición del carné o credencial correspondiente.

Como disposiciones violadas el demandante invocó los artículos 1º y 4º del Decreto 334 de 1973; 4º del Decreto 608 del 13 de marzo de 1984; 169 de la entonces vigente Constitución Política y la Ley 124 de 1948.

2. *La sentencia recurrida*

El fallo impugnado observó que los actos demandados no contenían una simple negativa que pudiera hacer pensar que con un tiempo de servicio representado en 34 años, un (1) mes y veinte (20) días, y gozando de una asignación de retiro, se cumplían los requisitos exigidos por el artículo 4º del Decreto 608 de 1984, para que el actor fuera admitido como socio del Club Militar, toda vez que la decisión de inadmitirlo estuvo motivada por su desempeño en el cargo de Director de la Penitenciaría de "La Picota", que fue calificado de "...muy deficiente le faltó iniciativa y espíritu profesional, su comportamiento fue inaceptable para su grado y jerarquía. Demostró ciertas inclinaciones a la ingestión de bebidas embriagantes, conducta incompatible para las cualidades que debe poseer un Oficial Superior de la Policía Nacional".

Agrega la sentencia impugnada que la demostración de los requisitos de tiempo y asignación inicialmente señalados no son útiles para lograr la nulidad de los actos impugnados, pues para ello era preciso invocar y probar la violación del ejercicio de la facultad discrecional, por falsa motivación o porque los actos acusados hubieran sido expedidos con desviación de las atribuciones de la Junta del Club Militar.

Finalmente, observa la misma sentencia que la violación del artículo 2º de la Ley 124 de 1948 no se demostró, en razón de que aquél sólo contiene el objetivo del Club Militar y no las condiciones para la admisión de socios, ni las facultades de su Junta Directiva parar resolver las solicitudes de ingreso, puesto que éstas están reguladas por el artículo 9º del Decreto 608 de 1984, que era en realidad la norma aplicable al caso (fls. 122 a 129 cdno. 1 anexo).

3. *Fundamentos del recurso extraordinario de revisión*

El recurrente invoca las causales de revisión primera y segunda del artículo 188 del C. C. A., cuyos textos son del siguiente tenor literal:

"Artículo 188. ...Causales de revisión. Procederá ese recurso.

1. Haber dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.

2. Si se recobraren pruebas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

Como gran parte de la fundamentación del recurso está dirigida a atacar la afirmación registrada en el acta 245 del 13 de abril de 1984, para una mayor claridad se transcribe a continuación:

"Abierta la sesión

...

"c) 1. Solicitudes de ingreso negadas.

"1) Policía

"Coronel

Motivo:

(R.) Daniel Guillermo Gaitán Higuera

"Su desempeño en el último cargo como Director de la cárcel de La Picota fue deficiente, le faltó iniciativa y espíritu profesional, su comportamiento fue inaceptable para su grado y jerarquía. Demostró ciertas inclinaciones a la ingestión de bebidas embriagantes, conducta incompatible para las cualidades que debe poseer un Oficial Superior de la Policía Nacional".

El peticionario encuentra estructurada la primera de las causales señaladas en el artículo 188 del C. C. A., en cuanto juzga inexacta la motivación antes transcrita, que sirvió para negarle la admisión como socio efectivo del Club Militar, hecho que en su parecer constituye una desviación de poder por parte de la administración, representada en este caso por la Junta Directiva del Club mencionado, cuyos miembros, asegura, no obraron en función del buen servicio público.

Mientras que por un parte el recurrente sostiene que corresponde a la administración demostrar cuál fue el miembro de la Junta Directiva que

expuso la motivación transcrita, la que a su vez constituye una falsedad ideológica o material, por otra parte expresa que no tiene la menor duda de que *pudo* haber sido el Director General de la Policía Nacional, Mayor General, Víctor Alberto Delgado Mallarino, quien obró con criterio de enemistad personal.

Para el recurrente, la falsedad ideológica o material surge de los siguientes aspectos:

a) De las reuniones llevadas a cabo por la Junta Directiva del Club Militar;

b) De que la única persona competente para calificar la conducta y rendimiento del Coronel Daniel Gaitán Higuera durante el tiempo que se desempeñó como Director de la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota" era el Director General de Prisiones, Mayor Bernardo Echeverry Ossa, funcionario que reconoció la forma eficaz y decorosa como se desempeñó;

c) Que en la hoja de vida que reposa en el archivo general de la Policía Nacional no aparece anotación, concepto o comentario que indique antecedentes de mal comportamiento, incompetencia o adicción a las bebidas embriagantes por parte del Coronel Gaitán Higuera durante su servicio activo en la institución.

Si el Club de Oficiales de la Policía Nacional exige requisitos similares a los tenidos en cuenta para ingresar al Club Militar. ¿Por qué fue aceptado en aquél y rechazado en éste?

Dice el actor-recurrente, que la causal primera de revisión debe *efectuarse* (sic), en concordancia con la causal segunda, que en su opinión también se estructura, pues el ex Director de la Policía e integrante de la Junta Directiva del Club Militar, debe explicar en testimonio los fundamentos de la afirmación consignada en el Acta 245 del 13 de abril/84, concepto falso que incidió en la decisión de inadmisión; asegura que obtenidos estos antecedentes, mediante documento o testimonio del ex Director de la Policía surge la aplicación de la causal segunda de revisión.

Con base en los argumentos expuestos, pide la revisión y anulación de los efectos de la sentencia acusada, al igual que el pronunciamiento de

una nueva que acoja las pretensiones y decrete la nulidad de las actas demandadas.

4. *El concepto fiscal*

En escrito que obra a folios 93 a 98, el señor Fiscal 4º opina que no hay lugar a la revisión solicitada por las razones que la Sala resume así:

En relación con la primera causal, y de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, han de tratarse de documentos verdaderamente falsos y que tal falsedad haya sido declarada por la justicia penal previamente a la decisión que se impugna. Destaca la confusión del actor en relación con una causal de nulidad de los actos administrativos, cual es la falsa motivación, y la causal de revisión extraordinaria de las sentencias cuando han sido proferidas con fundamento en documentos falsos o adulterados.

Pone de presente que el recurso extraordinario de revisión no constituye una instancia más, y que los vicios que en este caso se endilgan al acto administrativo debieron ser alegados en su oportunidad con la demanda, al igual que la solicitud y aporte de pruebas sobre los mismos.

En cuanto hace a la segunda causal invocada, advierte que se trata ciertamente de prueba documental, pero que el actor pretende se le dé aplicación a esta causal con base en la solicitud que en el escrito de revisión hace de un testimonio o de un antecedente administrativo que debieron ser solicitados en la oportunidad procesal dentro de la respectiva instancia.

5. Agotado el trámite previsto en los artículos 190 y siguientes del C. C. A. y no observándose causal que amerite anular lo actuado, se procede a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Oportunidad

A folio 10 vuelto obra constancia de que la sentencia impugnada por vía del recurso extraordinario de revisión quedó ejecutoriada el 3 de marzo de 1989, y que el libelo contentivo de éste fue presentado el día 26 de febrero del año próximo pasado (fl. 39, cdno. ppal.), dando así cumplimiento a lo previsto en el artículo 187 del C. C. A., en cuanto señala

un plazo de dos años después de la ejecutoria de la respectiva sentencia para intentar contra ella el recurso extraordinario en referencia.

NATURALEZA Y ALCANCE DEL RECURSO

Es bien sabido que el recurso extraordinario de revisión constituye un medio de impugnación dirigido a alterar la inmutabilidad de la cosa juzgada, buscando una eficaz aplicación de la justicia frente a los derechos reclamados por los ciudadanos; gracias a la institución de la cosa juzgada es que las sentencias ejecutoriadas producen sus efectos e impiden el nacimiento de nuevos litigios por los mismos hechos y entre las mismas partes.

Dada su condición de extraordinario, en cuanto pretende suprimir los efectos de irreversibilidad e inmutabilidad de la cosa juzgada, el recurso de revisión procede únicamente contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones del Consejo de Estado y las de única instancia proferidas por los Tribunales Administrativos (arts. 185-186 del C. C. A.); así mismo, los motivos o causales para fundamentar la impugnación están restringidos a los señalados en el artículo 18 del C.C.A., que a la letra dice:

CAUSALES DE REVISION

"Art. 188. ...Procederá este recurso.

"1. Haber dictado sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.

2. Si se recobraren pruebas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

3. Cuando aparezca, después de proferida la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.

4. Cuando la persona a cuyo favor se decretó una pensión periódica no reunía al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o si con posterioridad a la sentencia hubiera perdido esta aptitud, o cuando sobreviniere alguna de las causales legales para su pérdida.

5. Cuando se hubiere dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

6. Cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso contra el cual no procedía ningún recurso.

7. Haber dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados personalmente por ilícitos cometidos en su expedición.

8. Cuando la sentencia fuere contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquélla fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso excepción de cosa juzgada y fue denegada".

Al ejercitar el recurso debe ceñirse el recurrente en un todo a los preceptos que regulan las restringidas causales para no desnaturalizarlo formulando nuevamente las pretensiones denegadas en la instancia.

Si las disposiciones contenidas en los artículos 186 y siguientes del C. C. A. son para las sentencias ejecutoriadas proferidas por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos lo que los preceptos contenidos en el artículo 379 y siguientes del C. de P. C. son para los fallos ejecutoriados proferidos por la Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores, jueces de circuito, municipales, de menores, entonces resulta aplicable a ambos procesos aquello que en relación con la naturaleza y alcance de este recurso extraordinario ha reiterado en diversos pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia, así:

"Y es entonces cuando la necesidad y conveniencia juntas reclaman con mayor énfasis que haya precisión en saber cuándo, en qué forma y por qué motivos se admite que la cosa juzgada otorgue concesiones, de suerte tal que el recurso para ello previsto ofrezca sin lugar a dudas ese cariz que lo hace excepcional; en otros términos, es menester delinear su procedencia procurando siempre que no haya resquicio por donde quepa su aplicación extensiva o analógica, pues se correría el grave riesgo de abandonar su indiscutida naturaleza extraordinaria.

"Por lo mismo, *él 'no puede quedar al arbitrio de los litigantes para que éstos a su talante lo ejerciten en las oportunidades, en la forma y por los motivos que quieran'* ". (T. CXLVIII, p. 232).

Todas y cada una de las razones que vienen de esbozarse ha hecho válido que la Corte exprese en multitud de oportunidades que:

"*El recurso de revisión no apunta a permitir un replanteamiento de los asuntos litigiosos y decididos previamente, y a ofrecer un medio para mejorar la prueba mal aportada o dejada de aducir;* o por variar la causa *petendi,* permitiendo la alegación de hechos no comprendidos inicialmente en ella; o dar una nueva oportunidad de proponer excepciones no alegadas en el lapso debido; o a impedir la ejecución de la sentencia como viene sucediendo últimamente. Es decir, el recurso de revisión no está instituido por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira fijamente la entronización de la garantía de la justicia, al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado o al imperio de las sentencias que ostenten el sello de la cosa juzgada material' ". (Sentencias 11 de junio de 1976; 14 de diciembre de 1976; 18 de abril de 1987) (Destacados fuera de texto).

De lo expuesto es claro que al recurso extraordinario de revisión le son extraños todos los fundamentos que pretendan corregir o enmendar tanto los errores que hubieren podido cometerse en la elaboración de la demanda como los detectados en el procedimiento seguido antes de proferida la sentencia que se acusa; son improcedentes también aquellos fundamentos que varíen la naturaleza de las súplicas o de los fundamentos de derecho tenidos en cuenta para dictar la sentencia del proceso primitivo, materia de la revisión.

En el caso que se estudia, la Sección Segunda de esta Corporación, puso de manifiesto la ausencia de discrecionalidad en la decisión de la Junta Directiva del Club Militar, en relación con la petición presentada por el Coronel (r.) Daniel Guillermo Gaitán Higuera, para ser admitido como socio efectivo de ese establecimiento militar.

Ciertamente, la providencia acusada observó que dicha inadmisión fue motivada por el desempeño que tuvo el oficial Gaitán Higuera como Director de la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota", por lo cual el actor debió pedir y obviamente probar *en la instancia* la falsa motiva-

ción o desviación de las atribuciones de la Junta del Club Militar en la expedición de los actos demandados y no, como demostró, el cumplimiento de los requisitos de tiempo de servicio y asignación exigidos en el artículo 1-4 del Decreto 068/84, para obtener la calidad de socio efectivo.

PRIMERA CAUSAL DE REVISION ALEGADA

Desde que el recurrente inicia la exposición de los fundamentos para demostrar la configuración de la causal primera del artículo 188 del C. C. A., alega que la Junta Directiva del Club Militar partió de una premisa no válida para negar la admisión como socio efectivo al Coronel Daniel Guillermo Gaitán Higuera, al manifestar: "...su desempeño en el último cargo como Director de la Cárcel de La Picota fue muy deficiente, le faltó iniciativa y espíritu profesional, su comportamiento fue inaceptable para su cargo y jerarquía. Demostró ciertas inclinaciones a la ingestión de bebidas embriagantes, conducta incompatible para las cualidades que debe poseer un Oficial Superior de la Policía Nacional".

La manifestación referida también constituye una desviación de poder de la Junta Directiva del Club Militar por cuanto el acto se dictó por motivos inexistentes, y quienes lo profirieron no obraron en función del buen servicio lo que, a su vez, configura una falsedad ideológica o material, sin precisar el recurrente a cuál de las dos categorías corresponde.

El recurrente asigna al General (r.) Víctor Alberto Delgado Mallarino la autoría de la afirmación transcrita, de quien, dice obró *probablemente* con criterio de enemistad personal contra el aspirante a ingresar al Club Militar; y pese a ello considera que es la administración la encargada de probar tal hecho.

En primer lugar se observa sin mayor esfuerzo, que con los argumentos referidos el recurrente desvía el alcance del recurso extraordinario, puesto que incurre en la equivocación de replantear las pretensiones que le fueron negadas por la Sección Segunda de esta Corporación, pero en esta ocasión variando íntegramente el contenido de su demanda original, intentando acomodarla a los presupuestos que la sentencia de instancia señalara acordes para acciones como la que debió intentar el

demandante, y que evidentemente fueron omitidos por él. En efecto, a lo largo del escrito contentivo del recurso extraordinario que se estudia, se reclama de esta Sala el ejercicio de un control jurisdiccional sobre unos actos administrativos cuyo primero y único enjuiciamiento competía y fue realizado por la Sección Segunda de esta Corporación dentro de un proceso en el cual no se adujo ni se demostró la alegada verdadera razón (falsa motivación) de los actos que negaron la admisión como socio del Club Militar al demandante, carga probatoria que contra lo que sostiene el recurrente incumbía al actor y no a la administración.

Aun cuando en ningún momento se ataca la sentencia que se dice impugnar, cabe anotar que en términos del artículo 188-1 del C. C. A., debe aparecer completamente establecido, de una parte la existencia de un documento que como prueba haya sido determinante en la decisión contenida en el fallo cuya revisión se solicita, y de otra la falsedad de dicho documento. Estos presupuestos no se dan en el *sub judice,* pues lo que el recurrente en este caso califica de falso no es un documento sino la manifestación o afirmación contenida en el Acta número 245 del 13 de abril de 1984, calificación que por sí sola no tiene la virtualidad de convertir dicha acta en documento falso, pues para ello es necesario, tal como lo observa el colaborador fiscal, que el juez competente, que no es otro que el penal, haya hecho la respectiva declaración de falsedad. Así, entonces, como no se acompañó la prueba idónea, es decir la respectiva sentencia ejecutoriada, no puede hablarse de falsedad alguna respecto del Acta número 245 del 13 de abril de 1984.

Y si bien es cierto que el demandante formuló denuncia penal por falsedad ideológica en documento público, en *averiguación de responsables,* lo hizo tardíamente, el 14 de julio de 1991 (fl. 102), después de proferida la sentencia que impugna (10 de febrero de 1989) y de presentado el recurso de revisión (26 de febrero de 1991) que hoy decide la Sala.

Ahora bien, el recurso extraordinario de revisión tampoco tiene por objeto demostrar la falsedad de los documentos aportados ni mejorar la prueba aducida en la instancia, pues no compete al juez administrativo hacer declaración en el primer sentido ni la naturaleza del recurso permite lo segundo.

Lo dicho encuentra respaldo en un antiguo pronunciamiento hecho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de julio de 1974, cuya parte pertinente reza:

> "Dada la finalidad propia del recurso no se trata, en el evento de esa causal de revisión, de mejorar la prueba aducida deficientemente al proceso en el que se dictó la sentencia cuyo aniquilamiento se busca, o de producir otras después de pronunciado el fallo, pues si esto fuera posible jamás habría cosa juzgada; se contrae el supuesto indicado a demostrar que la justicia, por absoluto desconocimiento de un documento que a pesar de su existencia fue imposible de oportuna aducción por el litigante interesado, profirió un fallo que resulta a la postre paladinamente contrario a la realidad de los hechos y por ende palmariamente injusto". (C. de P. C., Luis César Pereira Monsalve, p. 482).

Y muy recientemente, en auto del 29 de mayo de 1991, dijo el Consejo de Estado:

> " 'La causal que se invoca en el recurso de revisión está concebida en la siguiente forma:
>
> Haber dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados'. (Dec. 2304 de 1989, art. 41).
>
> Explica el recurrente:
>
> 'Esta causal se invoca teniendo en cuenta que todos y cada uno de los cargos consignados en el oficio 193 adolecen de falsedad y así se establecerá en el trámite del recurso' (fls. 141-142).
>
> Ahora bien, examinado el texto de la causal arriba transcrito, se advierte sin esfuerzo que allí se prevé la existencia de documentos falsos o adulterados que sirvieron de base a la sentencia, vale decir, esos documentos eran falsos o estaban adulterados y, a pesar de ello, fueron sustento del fallo.
>
> Cosa diferente es que, por medio del recurso extraordinario de revisión, pretenda demostrarse la falsedad. Ello no es posible porque no es tal la naturaleza ni son tales los alcances de este recurso.
>
> Es justamente lo que se dice en la providencia suplicada:

'La jurisdicción de lo contencioso administrativo, para los efectos de la admisión del recurso extraordinario de revisión, no puede declarar la falsedad de un documento: carece de competencia para tal efecto...'.

'El recurso extraordinario de revisión, no es un proceso de instancia y por lo tanto en él pueden controvertirse los hechos a que se refiere el memorial' (fl. 160).

Esta argumentación resulta incontrastable: tienen las partes, durante la instancia la posibilidad de objetar la validez o autenticidad de las pruebas documentales que se aportan para servir de soporte a la sentencia. Pretender utilizar el recurso de revisión para cuestionar un documento y para que, una vez demostrada su falsedad, ésta constituya fundamento de la revisión de la sentencia, es desnaturalizar el recurso, que no ha sido previsto para tales propósitos. Dicho en otros términos, el recurso de revisión no fue instituido como una oportunidad procesal de conformar medios probatorios.

Los 'documentos necesarios' que, según el artículo 189 del C. C. A., deben acompañarse a la demanda de revisión, son precisamente aquellas pruebas que demuestren la causal invocada, en este caso, la falsedad del oficio 193. En efecto, 'documentos falsos o adulterados' deben serlo al momento de interponerse el recurso, para que puedan presentarse como tales y con esa calidad servir de fundamento al recurso". (Auto del 29 de mayo de 1991. Expediente 5208. Consejero Ponente: Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker).

Lo expuesto es suficiente para concluir que la causal primera de revisión contemplada en el artículo 188 del C. C. A., no se configura en este evento.

SEGUNDA CAUSAL DE REVISION ALEGADA

También opera la revisión de fallos ejecutoriados cuando se recobren pruebas definitivas después de haber sido dictada sentencia, pruebas con las que se hubiera podido proferir una decisión distinta y que no fueron aportadas al proceso por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria (art. 188-2 del C. C. A.). En el caso subanálisis no se da ninguno de esos presupuestos, toda vez que el recurrente no demostró la existencia previa a la sentencia acusada de prueba alguna que no hubiera podido

aportar al proceso por las circunstancias mencionadas, y para probar su afirmación en el sentido de que el ex Director de la Policía Nacional, integrante de la Junta Directiva del Club Militar, fuera el autor del que denomina concepto falso, inserto en el Acta número 245 del 1° de abril de 1984 y al que el demandante atribuye una "incidencia protuberante" en la decisión de inadmitirlo como socio efectivo del Club; por ello, utilizando el recurso, pretende producir la prueba encaminada a demostrar tal afirmación mediante el testimonio del General (r.) Víctor Alberto Delgado Mallarino, quien en su declaración expresó exactamente lo contrario cuando se le interrogó así:

> "...En este estado del proceso el Consejero conductor del mismo le pone de presente al declarante el documento que obra a los folios 20 y 21 del proceso, es decir, el Acta número 245 de la reunión de la Junta Directiva del Club Militar llevada a cabo el 13 de abril de 1984 , con el objeto de que enterado de su contenido manifieste a la audiencia si la constancia que aparece en el documento en relación con la conducta del Coronel Gaitán Higuera fue concedida por él como miembro integrante de la Junta Directiva del Club Militar. Se le hace entrega del documento para su lectura. Contestó: *De manera alguna fue dictada esa constancia por mí, al nivel del grado que tenía el señor Coronel Gaitán los miembros de la Junta lo conocían y en cuanto a la primera parte de la constancia no recuerdo quién o qué hubiera motivado la afirmación de su deficiente comportamiento en La Picota.* En cuanto a la segunda llegó a ser de público conocimiento que el señor Coronel Gaitán le gustaba concurrir frecuentemente a la ingestión de bebidas embriagantes, *ese no es un concepto mío,* creo que personas como por ejemplo el General Jorge Pineda o el Coronel Jorge Rosas Serrano, entre otros muchos pueden atestiguar lo relativo a la ingestión de bebidas embriagantes del Coronel... *pero de ninguna manera fui yo el que redactó esta constancia, esta constancia salió del seno de la Junta que haciendo uso de la facultad discrecional en ese entonces negó la admisión...* (se destaca).

Esta prueba testimonial debió obtenerse en la instancia respectiva para demostrar la falsa motivación o desviación de poder de quienes expidieron los actos demandados, ahora resulta inoportuna.

En relación con la segunda causal consagrada en el artículo 188 del C. C. A., dijo esta Corporación:

> "En cuanto hace relación con la causal 2 del artículo 188 del C. C. A., causal genérica en otros estatutos (1a. C. de P. C.), se consagra en la norma invocada que, procederá el recurso, 'cuando se recobraren piezas decisivas después de citada (sic) la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente', entraña por sí un nuevo elemento de prueba, diferente a aquellos que fueron tenidos en cuenta para la decisión impugnada, pero que su existencia era anterior al mismo pronunciamiento y no surgieron después de ella, y que llegaron a poder del impugnador con posterioridad a la misma providencia que se recurre extraordinariamente.
>
> En la misma forma, están por fuera de esta causal, aquellas piezas que siendo anteriores a la sentencia, hubieran podido y debido ser aportadas en su oportunidad por el recurrente".
>
> "Es que *recobrar* es sinónimo de recuperar; por lo mismo, se repite, esta causal tiene por fundamento la recuperación de piezas (documentos) cuya existencia fue anterior al pronunciamiento jurisdiccional objeto del recurso, pero que por motivos ajenos al recurrente, no fueron susceptibles de ser estimados en la sentencia, y que de haber obrado en el proceso hubieran dado por resultado una definición diferente". (Extractos del Consejo de Estado, enero, febrero y marzo 1989, T. III, p. 26).

Lo dicho es suficiente para concluir que al igual que la primera, la segunda causal de revisión tampoco se configura en este evento, dado que no se estructuran las condiciones exigidas en el artículo 188-2 del C. C. A.

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

FALLA:

Declárase infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 10 de febrero de 1989.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión del primero (1º) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chaín Lizcano, Presidente. *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Mirén de la Lombana de Magyaroff,* ausente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía,* ausente; *Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta,* ausente; *Miguel Viana Patiño.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PERDIDA DE INVESTIDURA - Procedimiento / CONSEJO DE ESTADO / SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA FUNCIONAL / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

Como la Ley 5ª de 1992 (art. 304) le otorga poder al Consejo de Estado en pleno, es de entender que su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ostenta la competencia para conocer de los casos de pérdida de investidura de congresistas. El instituto jurídico y judicial de la pérdida de la investidura de los congresistas, de estirpe constitucional, no hace depender su vigencia de la expedición de una ley especial o particular que desarrolle su consagración en la Carta Política. El artículo 184 es bien claro al decir que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley...", de manera que se está refiriendo a algo que ya existe, a la ley, en el sentido amplio, pero también preciso de la palabra. El artículo 45 del Decreto-ley 2304 de 1989, que subrogó el artículo 206 del C. C.A., establece un procedimiento ordinario, previsto para aquellos litigios para los cuales no haya, no exista, uno especial. De modo que mientras una ley no demarque un derrotero mejor que permita tramitar la solicitud de pérdida de la investidura en un término tan breve (de veinte días hábiles), se impone la aplicación de esas normas, empero no sean tan adecuadas para el asunto instituido por la nueva Constitución. Y a ello no se opone la espera de una anunciada ley procedimental especial.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Radicación número AC-430.

Asuntos constitucionales.

Recurso ordinario de súplica.

Actora: Procuraduría General de la Nación.

Se dirime el recurso ordinario de súplica interpuesto por el Ministerio Público (Procuraduría Séptima Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, -E-., contra el, auto de veintitrés -23- de noviembre de mil novecientos noventa y dos -1992-), emanado del Despacho del Magistrado Sustanciador en Sala Unitaria, y mediante la cual resolvió inadmitir la solicitud formulada por la Procuraduría General de la Nación, para que el Consejo de Estado decida sobre "la procedencia de la pérdida de investidura" del doctor Juan Fernando Góngora Arciniegas, como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Cundinamarca, por el período constitucional en curso.

I. ARGUMENTOS DE LA INADMISION

Básicamente fundamenta la Sala Unitaria el auto suplicado en que tanto el artículo 184 de la Constitución de 1991, como el inciso tercero del artículo 304 de la Ley 5a. de 1992 (Reglamento del Congreso, del Senado y de la Cámara de Representantes) hacen depender de la ley y del procedimiento que ésta señale, de manera especial, lo que corresponde a la acción pública de pérdida de la investidura, en lo que al Consejo de Estado se refiere. Por tanto, "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...".

Además, anota el pronunciamiento recurrido, "parece indubitable que en esta materia de inhabilidades e incompatibilidades hay que distinguir dos situaciones" en torno a la elección para ser elegido congresista, de la violación, por un congresista, durante el período constitucional respectivo, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; en el primer evento, sería un caso típicamente de nulidad de la elección. En el segundo, podría dar lugar a la pérdida de la investidura.

Por las motivaciones expuestas aquí de manera sucinta, se inadmitió la solicitud en cuestión.

II. DEL RECURSO

También en síntesis, la recurrente plantea que los artículos 184 y 237-5 de la Carta Política vigente le otorgan competencia al Consejo de Estado para conocer de esta clase de asuntos, de conformidad con lo establecido en el artículo 183 *ibidem*. Se trata de una acción pública, dado que puede ser solicitada por la Mesa Directiva de la respectiva Cámara a que pertenezca el congresista o por cualquier ciudadano, y por eso, pese a que el artículo 184 no previó un procedimiento especial para tramitar este tipo de procesos, estima la Delegada que mientras el legislador no establezca otra cosa, debe tramitarse por el procedimiento ordinario al tenor del artículo 206 subrogado por el artículo 45 del Decreto-ley 2304 de 1989, previsto para aquellos litigios para los cuales no haya un trámite especial. Además, el artículo 228 de la misma Constitución impone a la Administración de Justicia la obligación de darle prevalencia al derecho sustancial sobre el procedimiento o adjetivo.

En virtud de lo expresado, impetra la Procuradora Delegada que se revoque el auto objeto de la súplica y se admita la solicitud.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

A. *De la competencia*

Lo primero que debe estudiar la Sala es lo atinente a su competencia para conocer de procesos sobre pérdida de la investidura de congresistas.

No cabe duda de que ella nace de la propia Constitución vigente desde el 7 de julio de 1991, porque así se la atribuye el Consejo de Estado el ordinal 5 del artículo 237 de la misma, y así mismo porque, en armonía con ello, el artículo 184 reitera, por así decirlo, la facultad de decretarla.

Tampoco puede dudarse de la naturaleza de jurisdiccional o judicial que tiene la estirpe de procesos que ahora se analiza; no sólo porque ese es el calificativo que le da la Ley 5a. de 1992 -Reglamento del Congreso, del Senado y de la Cámara de Representantes-, sino porque brota de su esencia. En efecto, se trata de un juzgamiento de conductas humanas descritas en el artículo 183, y sobre ese fundamento ha de aplicarse el derecho al caso *sub judice* dado, cuestión de linaje jurisdiccional, amén

que a través de este proceso se persigue una protección jurídica como referencia a una creación de derecho de rango superior, rasgos que distinguen la actividad jurisdiccional de otras funciones de la autoridad pública, tales como la administrativa o legislativa.

Ahora bien: para separar la funciones jurisdiccionales de las otras que le asignan la Constitución y la ley, el artículo 236 de aquélla señala que el Consejo de Estado "se divide en salas y secciones". Y es de vero, según el Código Contencioso Administrativo, que la única Sala del Consejo de Estado que tiene funciones jurisdiccionales, la única con capacidad de *juzgar*, de ejercer jurisdicción (art. 97 del C. C. A.), es la Sala de lo Contencioso Administrativo que, para el efecto se divide en secciones, pero que, en pleno, tiene capacidad y competencia para juzgar aquellos casos o asuntos que la ley ha indicado. Entonces, *como la Ley 5a. de 1992 (art. 304) le otorga poder* al Consejo de Estado en pleno, *es de entender que su Sala Plena de lo contencioso administrativo ostenta la competencia para conocer de los casos de pérdida de investidura de congresistas.*

B. *De la vigencia del instituto*

El instituto jurídico y judicial de la pérdida de la investidura de los congresistas, de estirpe constitucional como se ha visto, *no hace depender su vigencia de la expedición de una ley especial o particular que desarrolle su consagración en la Carta Política. El artículo 184 es bien claro al decir que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado* de acuerdo con la ley...", (se destaca), *de manera que se está refiriendo a algo que ya existe, a la ley, en el sentido amplio, pero también preciso de la palabra.*

Como bien lo dice la señora Procuradora Delegada y como ya tuvo ocasión esta Sala de explicarlo en el fallo de 8 de septiembre de 1992 con ponencia del magistrado doctor Guillermo Chahín Lizcano, caso Escrucería Manzi, *el artículo 45 del Decreto-ley 2304 de 1989, que subrogó el artículo 206 del C. C. A., establece un procedimiento ordinario, previsto para aquellos litigios para los cuales no haya, no exista, uno especial. De modo que mientras* una ley *no demarque un derrotero mejor que permita tramitar la solicitud de pérdida de la investidura en un término tan breve (de veinte días hábiles)* como el que aparece en el tantas veces citado artículo 184, *se impone la aplicación de esas normas, empero no sean tan*

adecuadas para el asunto instituido por la nueva Constitución. Y a ello no se opone la espera de una anunciada ley procedimental especial (art. 304, Ley 5a. de 1992, ya citado).

La Sala, por consiguiente, atendiendo lo dicho, ha de revocar el auto suplicado y, en su lugar, habrá de disponer la admisión de la solicitud con arreglo a lo preceptuado en el artículo 207 del C. C. A., al tenor del texto del artículo 46 del Decreto-ley 2304 de 1989.

C. *De las inhabilidades e incompatibilidades*

No es este el momento de estudiar lo que atañe a las inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas de que en forma extensa se ocupa el magistrado sustanciador en el auto suplicado. Al determinarse que sí es competente esta Sala y al concluirse que la no existencia de una ley especial que enrumbe el procedimiento a seguir no es óbice para ello y que, en cuanto a esto hace, ha de admitirse la solicitud, cuando al observar la petición se deriva que cumple con las normas pertinentes, dado que se trata de una acción pública que cualquier ciudadano puede intentar.

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

RESUELVE:

1. R*evócase* el auto de veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), dictado en sala unitaria por el magistrado sustanciador en este asunto, y en su lugar se dispone:

A. Por reunir los requisitos legales, admítese la solicitud de pérdida de la investidura del congresista Juan Fernando Góngora Arciniegas, representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Cundinamarca por el período legislativo en curso, que ha enviado a la corporación la Procuraduría General de la Nación.

B. Notifíquese al señor Presidente de la honorable Cámara de Representantes e igualmente al señor Ministro de Gobierno, o a su delegado, como representante de la Nación, conforme a lo dispuesto en la ley.

C. Notifíquese al señor doctor Juan Fernando Góngora Arciniegas, o a su apoderado, conforme a la ley.

D. Notifíquese personalmente al Ministerio Público (Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado).

E. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para que el demandado o los intervinientes puedan contestar la solicitud, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

F. No se ordena el depósito a que se refiere el ordinal 4 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo, por no haber lugar a ello.

G. Solicítense a la Procuraduría General los antecedentes administrativos del caso.

2. Tiénese al doctor Antonio José Cancino Moreno como apoderado judicial del señor Representante a la Cámara doctor Juan Fernando Góngora Arciniegas, para los efectos y demás fines del memorial poder que presenta.

3. Ejecutoriado este proveído, vuelva el expediente al despacho del magistrado conductor del proceso para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día 16 de febrero de 1993.

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA FUNCIONAL / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal (Salvamento de voto)

El decreto de pérdida de investidura de los congresistas implica el ejercicio de una competencia jurisdiccional constitucional con regulación constitucional y legal preferencial y especial. El procedimiento ordinario contencioso administrativo no se puede aplicar a la solicitud de pérdida de la investidura de los congresistas.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

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

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

La Constitución Política de 1992 le asignó al Consejo de Estado una nueva competencia de carácter jurisdiccional y constitucional, en el artículo 237 ordinal 5º, y es la de *conocer de los casos de pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.*

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

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

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

II. *En la admisión de la solicitud de la pérdida de investidura del Representante Juan Fernando Góngora Arciniegas se contrarió en forma notoria y ostensible el artículo 184 de la Constitución Política.*

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

El carácter perentorio y breve del término constitucional anterior, torna imposible que al proceso de pérdida de la investidura de los congresistas se pueda aplicar el trámite del procedimiento ordinario contencioso administrativo, previsto en los artículos 206 a 211 del C. C. A. Valga poner de presente que las etapas de fijación en lista (5 días), probatoria (10 a 60 días) y alegados (10 días), hacen notoria tal imposibilidad.

III. *El procedimiento ordinario contencioso administrativo no se puede aplicar a la solicitud de pérdida de la investidura de los congresistas.*

El análisis precedente, pone en evidencia, que, dada la preceptiva del artículo 184 de la Constitución Política, a la solicitud en referencia, no se

le puede dar el trámite del procedimiento ordinario contencioso administrativo.

Las razones expuestas me llevan a concluir que no debió darse trámite a la solicitud propuesta, ante la inexistencia de ley que regule el procedimiento de esta clase de procesos.

Considero, por último, que aplicar tendenciosa y parcialmente el procedimiento ordinario contencioso administrativo contraría en forma palmaria el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, que consagra el principio de que las normas procesales son de obligatorio cumplimiento y por tal razón, el juez no puede desatender dicha prescripción.

Fecha, *ut supra.*

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / CONGRESO - Funciones / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal (Salvamento de voto)

Mientras el Congreso no cumpla el mandato constitucional de reglamentar el procedimiento ante el Consejo de Estado, no puede éste suplirlo con la ley existente (Ley 5a. de 1992), forzándola como ha tenido que hacerlo en varios aspectos. No es al propio Consejo de Estado a quien corresponde buscar el instrumento procesal adecuado a la nueva función atribuida por el Constituyente de 1991 sino al Congreso mismo en aras del rescate de su imagen, debería expedirlo lo más pronto y en forma tal que contribuya efectivamente a su depuración.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE

Con mi acostumbrado respeto para la Sala, me permito exponer las razones que me han llevado a apartarme de la tesis mayoritaria.

La Ley 5a. de 1992 ha servido de fundamento para calificar el procedimiento ante el Consejo de Estado como de carácter judicial, por decirlo así en varios de sus artículos (297, 299, 301 y 304) y además, para deducir la competencia de la Sala Contencioso-Administrativa con exclusión de la Sala de Consulta.

No se ha tachado de inconstitucional esta ley de reglamento del Congreso por anticiparse a calificar la naturaleza jurídica del procedimiento que debe surtirse ante el Consejo de Estado.

Por ello estimo que con el mismo criterio y fundamento en la Ley 5a. debería repararse en el artículo 304, en especial en su último inciso, que dispone:

"La ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de investidura, en lo que al Consejo de Estado se refiere".

Este inciso contiene varias apreciaciones del legislador que interesan al tema debatido, a saber:

1º Utiliza la inflexión verbal del futuro para indicar que la ley fijará, con lo que se parte de que no lo ha hecho hasta el momento y para cumplir con la orden del constituyente, deberá dictarlo en el futuro. Con esto se reafirma la apreciación de que no existe en la ley vigente procedimiento aplicable.

2º Que deberá corresponder a un procedimiento judicial especial o sea distinto del ordinario o a otros especiales que existieren o llegaren a existir.

3º El artículo reitera que será decretada en un término no mayor de veinte días hábiles, con lo cual se reafirma el plazo señalado en la Constitución. Teniendo este doble origen el plazo, no creo que pueda el juez ampliarlo o incumplirlo, tan sólo con consecuencias personales de índole disciplinario, sin que se afecte por ello el acto expedido fuera de término.

En resumen, estimo que: *mientras el Congreso no cumpla el mandato constitucional de reglamentar el procedimiento ante el Consejo de Estado, no puede éste suplirlo con la ley existente forzándola como ha tenido que hacerlo en varios aspectos.*

No es al propio Consejo de Estado a quien corresponde buscar el instrumento procesal adecuado a la nueva función atribuida por el Constituyente de 1991 sino al Congreso mismo que en aras del rescate de su imagen (que en parte motivó la reforma del 91) *debería expedirlo lo más pronto y en forma tal que contribuya efectivamente a su depuración.*

Jaime Abella Zárate.

Nota de realatoría: A este salvamento de voto adhirió la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / CONSEJO DE ESTADO / SALA PLENA / COMPETENCIA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal (Aclaración de voto)

Me permito manifestar mi conformidad con la providencia acogida por la mayoría, en cuanto al procedimiento adoptado -proceso ordinario- para tramitar el asunto que es materia de estas diligencias, al no haber señalado oportunamente el legislador el que corresponde de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 184 de la C. N. No estoy de acuerdo con la competencia que para conocer del mismo asunto, se ha atribuido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con exclusión de la Sala de Consulta.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente AC-430.

Actora: Procuraduría General de la Nación.

1. Con todo respeto, *me permito manifestar mi conformidad con la providencia acogida por la mayoría, en cuanto al procedimiento adoptado -proceso ordinario- para tramitar el asunto que es materia de estas diligencias, al no haber señalado oportunamente el legislador el que corresponde de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 184 de la Constitución Nacional.*

2. *No estoy de acuerdo con la competencia que para conocer del mismo asunto, se ha atribuido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con exclusión de la Sala de Consulta.* Al respecto acojo los

argumentos que sobre este punto expuso el doctor Amado Gutiérrez Velásquez, quien dijo:

> "1º Porque carece de competencia para conocer de la acción pública de pérdida de la investidura de congresista, por cuanto la Constitución Política en su artículo 184 atribuye al Consejo de Estado ese conocimiento, Corporación integrada también con la Sala de Consulta y Servicio Civil.
>
> "La Ley 5ª de este año (1992) es aún más precisa, en cuanto en su artículo 298, numeral 3, estatuye que es el Consejo de Estado en pleno el que conocerá judicialmente de las causales de pérdida de la investidura de congresista. No es válido al respecto el argumento de la inaplicabilidad de la norma frente a lo que consagra el artículo 236, inciso segundo de la Constitución con relación a la división del Consejo en salas y secciones '...para separar las funciones jurisdiccionales y las demás...', puesto que esta separación hace relación a la función jurisdiccional del Consejo de Estado en las acciones contencioso-administrativas, no siendo aplicable a la acción especialísima de que se viene hablando, que es innovación de la Carta y excepcional por sus alcances políticos. Además, la inaplicabilidad del precepto debe declarar quién es competente para decidir la cuestión, no quien a través de esa inaplicabilidad pretende tener la competencia".

Además agrego, que la pretendida inconstitucionalidad atribuida a la Ley 5a. de 1992, artículo 298, numeral 3, no ha sido declarada hasta el momento por la Corte Constitucional (art. 241 C. N.), y considero no es del caso, para invocar una falta de competencia de la Sala de Consulta, aplicar la excepción de inconstitucionalidad (art. 4º. C. N.), en sentido general, cuando todavía no se ha entrado a conocer del proceso, y menos contra una norma de la misma Constitución, como lo es el artículo 184.

Al existir normas tan claras y precisas que le asignan la competencia al Consejo de Estado, el cual lo conforman sus dos Salas, la Contenciosa y la de Consulta, para conocer de la pérdida de la investidura de los congresistas, como son el artículo 184 de la C. N., y el artículo 298,

numeral 3 de la Ley 5a. de 1992, mientras dichas disposiciones continúen rigiendo, es innegable que el Consejo de Estado en pleno, es el competente para conocer de dicha materia.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento / CONSEJO DE ESTADO / SALA PLENA / COMPETENCIA (Salvamento de voto)

La Sala Contenciosa en esta oportunidad ha reiterado el criterio según el cual la competencia para decretar la desinvestidura de un miembro del Congreso de la República le compete a ella con exclusión de la Sala de Consulta. A mi modo de ver tal competencia está asignada por la Constitución al "Consejo de Estado", simplemente, como se expresa en el artículo 184 de la misma, y no a una de sus Salas, como lo ha interpretado la mayoría de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado.

Nota de Relatoría: *El salvamento del doctor Amado Gutiérrez Velásquez es el mismo suscrito con ocasión del caso Escrucería Manzi, Expediente AC-175, publicado en Anales. De otra parte el doctor Yesid Rojas Serrano, además de compartir las razones expuestas por el doctor Carmelo Martínez Conn en su salvamento de voto, agregó lo siguiente: Debe tenerse en cuenta que el artículo 184 de la Constitución Nacional dispone que la pérdida de la investidura de un Congresista será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley, y es precisamente la Ley 5a. de 1992, la que en su artículo 304 le otorga competencia al Consejo de Estado en pleno para conocer de los casos de pérdida de investidura de Congresista. Considera el suscrito y por ello se aparta respetuosamente de uno de los argumentos de la providencia del 19 de febrero del año en curso, que el término ley a que se refiere el ordenamiento constitucional no debe entenderse a la ley que "ya existe", sino también a las que se dicten con oportunidad a la norma constitucional citada.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Ref.: Expediente número AC-430.

Envío documentos.

Actora: Procuraduría General de la Nación.

Santafé de Bogotá, D. C., 22 de febrero de 1993.

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, me separo de la misma en cuanto *la Sala Contenciosa en esta oportunidad ha reiterado el criterio según el cual la competencia para decretar la desinvestidura de un miembro del Congreso de la República le compete a ella con exclusión de la Sala de Consulta,* por cuanto *a mi modo de ver* y según lo he expuesto en distintas oportunidades, *tal competencia está asignada por la Constitución al "Consejo de Estado", simplemente, como se expresa en el artículo 184 de la misma, y no a una de sus Salas, como lo ha interpretado la mayoría de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado.* La razón además en la cual fundo mi criterio, es la de que tratándose de una decisión de tanta trascendencia como es la de despojar de su investidura a un miembro del Congreso elegido en elecciones populares, tiene cierta entidad muy superior a los negocios contenciosos de que habitualmente se ocupa esta Sala, negocios de impuestos, laborales, de responsabilidad civil contractual y extracontractual, marcas y patentes, etc. y por lo mismo dada la importancia política y jurídica de la controversia, es lo más lógico y sensato concluir que esa competencia es del Consejo de Estado en pleno y no de una de sus Salas.

Como queda claro, mi separación de lo decidido por la mayoría de la Sala, es puramente doctrinaria y en punto relativo a la competencia del juez para emitir el fallo, pues no discuto los supuestos de hecho de la sentencia.

Con todo respeto,

Carmelo Martínez Conn.

ACCION DE TUTELA - Trámite / IMPEDIMENTO - Causales / APODERADO

El impedimento se presenta cuando el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales pero en el mismo proceso, o sea, en el que se manifiesta impedido. Estimar que concurra la causal cuando el ahora funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales en cualquier otro proceso, implicaría la configuración de un impedimento sin limitaciones temporales o sin haber interés directo en el proceso, con la consecuencia de que dicho ex mandatario judicial estaría impedido para siempre y en cualquier otro proceso respecto de quien fue su procurado, lo cual es jurídicamente ilógico.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 22 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Ref.: Expediente número AC-540.

Actoras: Bavaria S. A. y otras.

El honorable Consejero doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora solicita, en escrito que antecede, se lo separe del conocimiento en el proceso de la referencia, instaurado por la sociedad Bavaria S. A., aduciendo que se encuentra "...en la causal de impedimento contemplada en el artículo 150 del C. de P. C., en cuanto que fui Abogado Asesor y atendí asuntos jurídicos relacionados con dicha sociedad y algunas de sus filiales y subsidiarias, mientras estuve ejerciendo la profesión de Abogado, e inclusive hasta cerca de un mes antes de haberme posesionado en esta Corporación...".

Para decidir,

SE CONSIDERA:

De conformidad con lo prescrito en el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991, las causales de impedimento aducibles en el trámite de la acción de tutela son las establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

En esa codificación el artículo 103, numeral 4º, prevé causal de impedimento cuando "...el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales, o sea, o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso...".

Sin duda que los supuestos segundo y tercero de la norma ninguna relación tienen con los hechos sobre los que se sustenta la manifestación de impedimento. Y respecto de la primera, que se da cuando "...el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales...", no obstante la universalidad conceptual de la disposición, se impone entender que *el impedimento se presenta cuando el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales pero en el mismo proceso, o sea, en el que se manifiesta impedido. Estimar que concurre la causal cuando el ahora funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales en cualquier otro proceso, implicaría la configuración de un impedimento sin limitaciones temporales o sin haber interés directo en el proceso, con la consecuencia de que dicho ex mandatario judicial estaría impedido para siempre y en cualquier otro proceso respecto de quien fue su procurado, lo cual es jurídicamente ilógico.*

Habrá de declararse, entonces, infundado el impedimento.

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

RESUELVE:

Declarar infundado el impedimento manifestado por el honorable Consejero doctor Carlos A. Orjuela en el escrito que antecede.

Cópiese y notifíquese.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala de lo Contencioso Administrativo en sesión de fecha dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

IMPEDIMENTO - Improcedencia / ENEMISTAD GRAVE - Inexistencia

Considera la Sala que del hecho de haber sido cancelado el contrato de docencia del señor Consejero por la Universidad, no puede deducirse enemistad grave con el entonces secretario de la misma, sin que obre actuación específica alguna de su parte en el asunto, y menos del hecho de haber actuado éste como representante de la Universidad en la transacción que le puso fin, de común acuerdo, al pleito laboral.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., 3 de marzo de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número AC-500.

Asuntos constitucionales.

Actora: Procuraduría General de la Nación.

El Consejero doctor Juan de Dios Montes Hernández manifiesta a la Sala que se encuentra incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 9º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil para conocer del presente proceso, por ser egresado de la Universidad Libre de la que obtuvo el título de Abogado, por habérsele cancelado un contrato como profesor de la misma institución por diferencias con la política universitaria de sus directivas, siendo para entonces Secretario el doctor José Ramón Navarro Mojica y porque instauró proceso laboral contra el alma máter, que culminó con una transacción entre "el suscrito y el Presidente y representante legal en su momento doctor José Ramón Navarro Mojica".

Por último expresa el señor Consejero que por las mismas razones y causal le fue aceptado impedimento en el Proceso AC-068.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

En relación con el primer argumento expuesto por el doctor Montes Hernández, debe anotar la Sala que no puede darse la causal invocada por la sola circunstancia de ser egresado de la institución y graduado por ella.

Frente a las demás razones expuestas, considera la sala que del hecho de haber sido cancelado el contrato de docencia del señor Consejero por la Universidad Libre, no puede deducirse enemistad grave con el doctor Navarro Mojica, quien por ese entonces estaba vinculado como empleado de la institución, sin que obre actuación específica alguna de su parte en el asunto, y menos del hecho de haber actuado éste como representante de la Universidad en la transacción que le puso fin, de común acuerdo, al pleito laboral.

Caso diferente fue el resuelto en el expediente AC-068 citado por el doctor Montes, por cuanto en él se hallaba una tutela contra la Universidad Libre, es decir, contra la persona jurídica respecto de cuyas políticas discrepaba el señor Consejero, siendo parte de tales políticas las cuestionadas por los peticionarios de la tutela.

En consecuencia, no encuentra la Sala que se configure la causal de impedimento invocada.

Por las razones expuestas, la Sala,

RESUELVE:

No aceptar el impedimento manifestado por el doctor Juan de Dios Montes Hernández.

Ejecutoriado este auto, vuelva el proceso al Consejero que sigue en el orden para resolver el recurso ordinario de súplica.

Notifíquese.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala Plena en sesión del dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente. *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna,* salvo voto; *Carmelo Martínez Conn,* ausente; *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta,* ausente; *Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

IMPEDIMENTO - Naturaleza / IMPEDIMENTO - Causales / ENEMISTAD GRAVE - Valoración (Salvamento de voto)

Tanto el C. de P. C. como el C. de P. P. en sus respectivos artículos en que tratan de los impedimentos, trazan simples pautas para que, con base en ellas, el juez, el magistrado del caso, el conjuez, el agente del ministerio público que sientan o crean que por algún motivo pueda encajar en uno de los numerales que dichas normas establecen, así lo digan, así lo manifiesten o lo pongan de presente. Y es que en el caso del impedimento propuesto se invoca el numeral 9 del artículo 150 del C. de P. C., que habla, precisamente de sentimientos muy subjetivos, como son la enemistad o la amistad, los que son, en criterio del suscrito, de muy difícil medida o calificación de parte de un tercero. Son cuestiones íntimas, del fuero interno de cada individuo, de tal manera que si él revela ciertas circunstancias -como lo ha hecho el Consejero- que muestran el escrúpulo del asunto, debe aceptársele y debe separársele del conocimiento del asunto.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., 2 de marzo de 1993.

Ref.: Expediente número AC-500.

Asuntos Constitucionales (Pérdida de investidura de Congresista).

Actora: Procuraduría General de la Nación.

Con el debido respeto, ha de decir el suscrito que, contrariamente a la opinión o criterio de la mayoría, el impedimento manifestado por el señor consejero doctor Juan de Dios Montes Hernández ha debido admitírsele y, por tanto, declararlo separado del conocimiento de este asunto.

En efecto, para el suscrito, tanto el Código de Procedimiento Civil como el Código de Procedimiento Penal, en sus respectivos artículos en que tratan de los impedimentos, trazan simples pautas para que, con base en ellas, el juez, el magistrado del caso, el conjuez, el agente del ministerio público que sientan o crean que por algún motivo pueda encajar en uno de los numerales que dichas normas establecen, así lo digan, así lo manifiesten o lo pongan de presente, como lo hizo en el caso *in examine* el consejero Montes Hernández.

Y es que en el caso del impedimento propuesto por el doctor Montes se invoca el numeral 9º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que habla, precisamente de sentimientos muy subjetivos, como son la enemistad o la amistad, los que son, en criterio del suscrito, de muy difícil medida o calificación de parte de un tercero. Son cuestiones íntimas, del fuero interno de cada individuo, de tal manera que si él revela ciertas circunstancias -como lo ha hecho el doctor Montes Hernández- que muestran el escrúpulo del juzgador (en un sentido amplio) para conocer del asunto, debe aceptársele y debe separársele del conocimiento del asunto.

Como dice Chiovenda, los jueces deben asegurar, hasta donde es posible, la imparcialidad para decidir los negocios. Obsérvese que la mayor parte de las causales de impedimento se asientan o responden a emociones, a impresiones de tipo muy personal, muy del alma o del corazón de cada quien; el afecto, el interés, la animadversión, el amor propio, etc. Sólo muy pocas causales escapan de esa tipificación, fundada en cuestiones profundamente humanas; son sentimientos.

De esta suerte, aunque de una manera estricta una manifestación de impedimento no concuerde exactamente con la causal invocada, su exteriorización se impone. Así por ejemplo, el numeral 3 del artículo 150 limita al primer grado civil de parentesco la causal de recusación o de impedimento -que son las mismas-, mas sería absurdo que un juez no se declarase impedido si es parte de un proceso el hijo adoptivo de su hijo; aunque realmente no sea su nieto, él lo considera, sentimentalmente, como tal, en el orden corriente de los sentimientos humanos.

Obviamente que el suscrito habla de lo anterior en planteamientos completamente abstractos. Bien sabe de la ecuanimidad y del claro

espíritu de justicia que guía el pensamiento del magistrado al que, en concreto, no le fue aceptado su impedimento.

Cordialmente y con profundo respeto,

Alvaro Lecompte Luna.

FALLA DEL SERVICIO DEL HIMAT - Inundación

La responsabilidad que declara a cargo del establecimiento público demandado la dedujo de la concurrencia de factores plenamente demostrados, suficientes para acreditar que la inundación causante del daño pudo ser evitada si se hubieran tomado disposiciones que la técnica ordenaba implementar, pues estaba previsto que el canal era suficiente para evacuar con la rapidez requerida las aguas de una abundante temporada invernal. Esa responsabilidad del Himat por los daños causados no resulta, entonces, de la sola obligación legal de mantener y conservar el citado canal, como elemento del Distrito de Riego, sino de protuberante falla del servicio que los usuarios del Distrito venían protestando desde la inundación de 1977, indicando las obras que se debían acometer a la brevedad para evitar la repetición del siniestro.

FUERZA MAYOR - Inexistencia

Estaba previsto por el Himat que cada tres o cuatro años se presenta aumento de pluviosidad, por encima de los niveles normales e históricos, en la región del Distrito de Riego; igualmente, la incapacidad de los canales primario y secundarios para hacer frente a esa eventualidad. Como no hubo imprevisibilidad y menos irresistibilidad de los eventos generadores del daño fue por lo que no se acogió la causal de exculpación alegada, que no porque la Fuerza Mayor fuera desconocida como eximente, pues al igual que la culpa de la víctima y la actuación exclusiva de un tercero, es bastante a relevar a la Administración de la imputación del daño por falta o falla del servicio.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 16 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Amado Gutiérrez Velásquez.*

SALA PLENA

Referencia: Expediente S-193.

Recurso extraordinario de súplica.

Actor: Pedro Piedrahíta Echeverry.

El Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, Himat, ha interpuesto el recurso de la referencia contra la sentencia de trece de noviembre de 1990, complementada con sentencia de marzo 8 de 1991 en cuanto al término para proponer el incidente de regulación de perjuicios, fallos que profirió la Sección Tercera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso indemnizatorio ordinario adelantado por el señor Pedro Piedrahíta Echeverry, mediante apoderado, para recabar condenas contra el establecimiento público en mención.

1. *El recurso*

Sostiene la recurrente, que al adoptar la decisión impugnada, la Sección Tercera "...desconoció las sentencias contenidas en fallos proferidos por la Sala Plena el 16 de julio de 1980; Expediente 10134, el 12 de junio de 1984; Expediente 11014 y sentencia 366 de diciembre 5 de 1988; Expediente S-036...".

Las jurisprudencias que se dicen contrariadas, según la transcripción del recurso expresan:

Del fallo de julio 16 de 1980 (Expediente 10134, Consejero Ponente Dr. Jorge Dangond Flórez. Actores: Estrada D. y Jaramillo E. Ltda. y Urbanización La Frontera Ltda.) el siguiente aparte:

> "En la concepción del derecho público sobre responsabilidad extracontractual liberada del sometimiento a las normas del Código Civil que rigen las relaciones privadas, es decir, dentro de la teoría autónoma de la falta o falla del servicio es clara, sin duda con mayor fundamento la afirmación de que las entidades estatales son responsables por omisión *pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa condicionada a la existencia de determinadas circunstancias...*".

Del fallo de junio 12 de 1984 (Exp. 11014. Consejero Ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Actora: Ligia Calderón), transcribe:

"Revisada la sentencia recurrida se encuentra que ella en su parte motiva transcribe parte de una sentencia reciente dictada por el propio Consejero en la cual reconoce que la responsabilidad patrimonial del Estado está regida por normas de derecho público y que la omisión o falla del servicio deriva también responsabilidades al Estado, pero en condiciones especiales...".

"...".

"Si bien es cierto el artículo 16 de la Constitución Política primero del Título III sobre derechos civiles y garantías sociales, previene que 'las autoridades de la República están instituidas para proteger las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes...' de allí no puede concebirse que el Estado asume una obligación de resultado, de seguridad pues en tales circunstancias estaría obligado a responder por todas las muertes ocurridas en el país, por todas las calumnias e injurias y por todos los hurtos, robos y depredaciones. No, ese no es ni puede ser el alcance de la aludida norma. Es por el contrario la 'meta' que se propone el Estado colombiano al organizarse como República y como Estado de Derecho. Es una obligación de medio, un compromiso de poner todos los instrumentos a su alcance para la debida protección de tales bienes tangibles e intangibles".

"...".

"Por último la sentencia del 31 de agosto de 1982 preconiza lo mismo que la sentencia recurrida, o sea el principio de la responsabilidad del Estado por falla del servicio y transcribe al efecto una sentencia dictada el 28 de octubre de 1976 cuyo ponente fue el mismo de la recurrida en la que puntualiza la falta o falla del servicio como causa de responsabilidad del Estado pero sujeto a 4 requisitos necesarios para que ella prospere...".

"a) Una falta o falla del servicio o de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;

"b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente ajeno al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

"c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil o administrativo, con las características

generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.;

"d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño sin la cual aun demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización...".

Y del fallo de Sala Plena de 5 de diciembre de 1988 (Exp. S-036. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Lecompte Luna) el siguiente aparte:

"...Como dice Laubadere, desde '...este punto de vista, la teoría de la responsabilidad del Derecho Administrativo corresponde en general al del derecho civil, mientras que por otros determinados caracteres la teoría es diferente'.

"En derecho administrativo continúa el autor, el daño debe ser: 1º imputable al servicio público, es necesario que él, el servicio público, sea la causa del daño, el daño debido a un hecho de fuerza mayor no entraña responsabilidad de la administración; del mismo modo, la falta de la víctima exonera total o parcialmente esta responsabilidad. 2º Cierto. El daño eventual no ha de ser reparado. 3º Directo. El daño indirecto se excluye" (Manual de Droit Administrativ, Onzieme Edition, pp. 127 y ss.).

La contradicción de la sentencia recurrida con la primera jurisprudencia, la precisa la recurrente afirmando que el Himat no puede ser responsable de manera absoluta e incondicional, no obstante su obligación legal de mantener y conservar los canales de los distritos de riego, de los daños causados por inundaciones originadas en pluviosidad por encima de los niveles normales, como los ocurridos en predios del actor al desbordarse el Canal de Couche o Cuche, del Distrito del Alto Chicamocha y Firavitoba, de la Regional número 4, Boyacá, en los meses de abril y mayo de 1981. Con tanta más razón, cuanto que el Himat "...utilizó todos los recursos disponibles para tratar de resolver el problema incluida la adquisición de maquinaria y equipos de bombeo..." y porque las inundaciones también obedecieron "...a las malas condiciones de drenaje por la posición geomorfológica y características internas de los terrenos...".

De la segunda, por cuanto las obligaciones impuestas al Estado por el artículo 16 de la Carta Política entonces vigente no son de resultado sino

de medio. También de la segunda y la tercera, por no haber relación de causalidad entre la falla de la administración y el daño, pues se demostró que la causa directa de la inundación fue un hecho de la naturaleza imposible de resistir, constitutivo de fuerza mayor exonerativa de responsabilidad, como fueron las lluvias que cayeron sobre la región en el mes de abril de 1981 que alcanzaron a 208 ml., cifra por encima del promedio en 88%.

2. *La sentencia recurrida*

Al declarar la responsabilidad del Himat por los perjuicios causados al señor Pedro Piedrahíta Echeverry, con ocasión de la inundación que sufrieron sus predios "San Pedro" y "San Pedro Nº 1", ubicados en las veredas del Salitre y Tunguaquita, respectivamente, del municipio de Santa Rosa de Viterbo, en el mes de mayo de 1981, discurrió la Sección, así:

> "Para la Sala es claro, y se desprende de la simple lectura de las disposiciones transcritas, que existe una obligación a cargo del Himat, que éste debe cumplir con o sin la colaboración de los usuarios, de administrar, conservar, reparar, mantener, mejorar y limpiar los canales de drenaje existentes en las zonas bajo su jurisdicción. Obligación que ha de ser cumplida en forma tal que las obras bajo su control cumplan las funciones y propósitos para los cuales fueron diseñadas y construidas.
>
> "En el evento *sub judice* es indudable para la Sala que dicha obligación no se desarrolló conforme a las obligaciones legales y constitucionales del Himat, pues si bien es cierto que dicha entidad ejecutó obras de limpieza de los canales de drenaje cuyo desbordamiento en 1981 originó la inundación que provocó daños a la propiedad del demandante, también lo es que ellas no se hicieron con la frecuencia necesaria, ni se adelantaron otras labores indispensables para la prevención de futuras inundaciones, labores indispensables de las cuales tenía conocimiento el Himat desde mucho antes de la ocurrencia de los hechos en comento".
>
> "...".
>
> "Ello no ocurrió en el caso *sub judice,* pues aun a pesar de que el Himat limpió los canales, éstos no se mantuvieron limpios; y aunque

se adquirió el equipo de bombeo requerido, éste no pudo ser utilizado en forma por razones atribuibles a la administración; y a pesar de que se conocía el problema de desagüe bajo la carretera, él no fue solucionado.

"Así, el servicio no se prestó en la forma debida ni se garantizó el cumplimiento de los deberes a cargo del Himat, dando lugar a la existencia del segundo elemento necesario para la declaratoria de responsabilidad administrativa.

"Ahora bien, el tercer elemento requerido para la declaratoria de la responsabilidad antedicha es la relación de causalidad que debe existir entre la falta del servicio y el daño, relación que, según el apoderado de la demandada no se presentó en el caso *sub judice*, por cuanto la inundación del predio del demandante hecho-causal se debió a las fuertes lluvias, más allá de lo normal, que se presentaron en el mes de mayo de 1981 y no a factores imputables al Himat. Afirma que, en tales circunstancias, y aun en el supuesto de que hubiese habido falla del servicio, dichas fuertes lluvias constituyeron una fuerza mayor, imprevista e imprevisible, que determinaron la ocurrencia de una causal exonerativa de la responsabilidad administrativa".

"...".

"Sin embargo, y aun a pesar de lo anteriormente dicho, la Sala no comparte totalmente lo aseverado por el apoderado de la parte demandada, en cuanto a que tal circunstancia se constituya en causal eximente de la responsabilidad administrativa, pues considera que la falla del servicio en que esta entidad incurrió fue superior en sus efectos, frente a aquellos que pudieran derivarse del incremento en la pluviosidad.

"Indudablemente el invierno de 1981 fue extremadamente fuerte, con una intensidad comparable solamente a la del invierno de 1977, aun cuando este último fuese menor. Pero la probabilidad de que en 1980 o 1981 se presentara un nuevo invierno fue prevista desde 1977 por el Himat, razón por la cual mal podría afirmarse que se trató de un evento imprevisto o imprevisible. Tal vez, la ciencia de la meteorología no permita predecir con exactitud la magnitud de futuras épocas de lluvia, y en ese sentido sería imposible pedirle al Himat que desde 1977 supiese que el invierno de 1981 iba a implicar una precipitación

de 260 ml. Pero sí es claro para la Sala que existían elementos para suponer razonablemente que en 1980 o en 1981 podría presentarse un invierno de intensidad comparable a la de 1977, que podría acarrear consecuencias similares en cuanto a inundaciones se refiere, posibilidad frente a la cual debería haberse tomado las medidas correctivas planteadas desde 1977 por el Himat.

"No quiere entrar la Sala en la controversia hipotética sobre qué habría ocurrido en 1981 si dichas medidas preventivas se hubiesen tomado adecuadamente, pues ello lo llevaría a un universo especulativo impropio dentro del mundo de realidades que ha de manejar el juez administrativo. Por ello, es válido suponer, y así lo hace la Sala, que si dichas medidas se hubiesen tomado, o el daño no habría ocurrido o éste habría sido menor. Y en tal evento, es decir, si esas medida correctivas planteadas desde 1977 se hubiesen ejecutado, tal vez sí podría configurarse la causal exonerativa a que se refiere la entidad demandada, pues no escapa a la Sala que el invierno de 1981 tuvo una intensidad superior a la de 1977, cuando tales correctivos fueron identificados. Pero, por las mismas razones, la causal alegada por la entidad demandada no es de recibo, pues la falla en que ella incurrió fue de una magnitud tal que desplazó, en opinión de la Sala, cualquier otra consideración al respecto". (Fls. 359, 360, 363, 364, 365).

CONSIDERACIONES:

Como se ve de los apartes transcritos, el fallo recurrido no se aparta sino que, antes bien, toma en cuenta el criterio expuesto en la primera de las jurisprudencias invocadas, en cuanto ella sostiene que la responsabilidad de la administración no es incondicional, absoluta, pero sí condicionada a la existencia de determinadas circunstancias, que en el evento allí aludido se precisaron en la "solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes...". Al respecto se advierte que esa jurisprudencia fue modificada, en el sentido de considerar en ciertas circunstancias innecesaria la exigencia de la solicitud de intervención, pues al resolver el recurso de anulación contra la sentencia de la Sección Tercera de 17 de febrero de 1983, (Consejero Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, Exp. R-029. Actora: Ligia Calderón de Córdoba. Sentencia de julio 12 de 1988), la Sala Plena expresó que la administra-

ción está obligada a actuar aunque no se le solicite, observando "...una actitud de permanente alerta determinada por las circunstancias de cada momento que viva la colectividad y tomar la acción que corresponda *motu proprio* cuando la situación azarosa de perturbación en un caso dado la hagan aconsejable respecto de una o determinadas personas..."

Pero, así se mire en su inicial concepción la jurisprudencia invocada, resulta obvio que el fallo no la contradice, por cuanto *la responsabilidad que declara a cargo del establecimiento público demandado la dedujo de la concurrencia de factores plenamente demostrados, suficientes para acreditar que la inundación causante del daño pudo ser evitada si se hubieran tomado las disposiciones que la técnica ordenaba implementar, pues estaba previsto,* desde 1977, *que el Canal* del Couche *era insuficiente para evacuar con la rapidez requerida las aguas de una abundante temporada invernal,* por el obstáculo originado en el nivel superior, sobre la rasante del fondo del canal, de la alcantarilla ubicada bajo la autopista Duitama-Sogamoso, así como por la misma estrechez de la alcantarilla, de un metro frente al canal de 11 metros de ancho.

También, por la deficiente limpieza de la vía acuática, llena de malezas y basuras, en tanto se utilizaban equipos obsoletos e insuficientes para su mantenimiento.

Esa responsabilidad del Himat por los daños causados no resulta, entonces, de la sola obligación legal de mantener y conservar el citado canal, como elemento del Distrito de Riego del Alto Chicamocha y Firavitoba, *sino de protuberante falla del servicio que los usuarios del Distrito venían protestando desde la inundación de 1977, indicando las obras que se debían acometer a la brevedad para evitar la repetición del siniestro.*

Por ello no se da la contradicción jurisprudencial alegada respecto de la primera de las citadas jurisprudencias.

Tampoco se observa contradicción del fallo con relación a lo que la segunda puntualiza como obligaciones de medio y no de resultado a cargo del Estado. A ese respecto la decisión recurrida sustenta la responsabilidad del Himat en la circunstancia de haber omitido la ejecución de obras que preveía indispensables para que el Canal del Couche cumpliera

adecuadamente la función de drenaje, entre ellas la de superar el obstáculo de la alcantarilla bajo la autopista Duitama-Sogamoso, limpiar con la frecuencia requerida el cauce del canal principal y de los secundarios: el liberal y el conservador, a su cargo, e, incluso, efectuar correcciones en el lecho del vecino río Chicamocha, para dar mayor profundidad a esa vía por donde finalmente se evacuan las aguas, como lo efectuó después de acaecido el insuceso aunque desde antes los técnicos habían señalado la necesidad de la obra. *Además,* se impone anotar que en el fallo de anulación de que antes se hizo mérito, el proferido en el Expediente R-029, actora: Ligia Calderón de Córdoba, *se recogió por la Sala la jurisprudencia invocada, en cuanto sostenía que la obligación de la administración es sólo de medio y no de resultado.* Al respecto expresa el fallo en mención, que "no es dable concebir que el Estado ostente el carácter de deudor en el mismo plano de las relaciones jusprivatistas frente al conglomerado de personas que la conforman y que en virtud de ello sólo se compromete a poner los medios tendientes a la protección de ellas sin que pueda garantizar el resultado".

"Su función de protección policiva, enmarcada como está en el derecho público va mucho más allá, pues su responsabilidad tiene que ver nada más y nada menos que con la salvaguardia de la vida, honra y bienes de los asociados, bienes éstos tangibles e intangibles que trascienden los lindes del simple interés particular...". Tampoco cabe hacer, por consiguiente, la comparación jurisprudencial solicitada en el recurso.

Finalmente, la fuerza mayor que las dos últimas jurisprudencias precisan como eximente de la responsabilidad extracontractual de la administración, lejos de ser desconocida como tal fue analizada en el fallo con precisión y claridad, para concluir en su no concurrencia en los fenómenos determinantes del daño. *Estaba previsto por el Himat que cada tres o cuatro años se presenta aumento de la pluviosidad, por encima de los niveles normales e históricos, en la región del Distrito de Riego* del Alto Chicamocha y Firavitoba*; igualmente, la incapacidad de los canales primario y secundarios para hacer frente a esa eventualidad,* especialmente por los obstáculos de la alcantarilla bajo la carretera Duitama-Sogamoso y del sifón por donde las aguas pasan bajo el río Chicamocha. Así lo habían señalado los técnicos del Himat y los usuarios

del Distrito de Riego, de lo que dan fe las múltiples comunicaciones enviadas a la Presidencia de la República, al Ministerio de Agricultura, al Gerente y funcionarios del establecimiento descentralizado, en las que se llama insistentemente la atención acerca de los riesgos que implicaba la deficiente construcción de los canales y sus obras anexas. Por consiguiente, *como no hubo imprevisibilidad y menos irresistibilidad de los eventos generadores del daño fue por lo que no se acogió la causal de exculpación alegada, que no porque la fuerza mayor fuera desconocida como eximente, pues al igual que la culpa de la víctima y la actuación exclusiva de un tercero, es bastante a relevar a la administración de la imputación del daño por falta o falla del servicio.* No se dio, entonces, contradicción de la sentencia con la jurisprudencia sentada en lo dos precitados fallos.

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

FALLA:

N*o prospera* el recurso extraordinario de súplica interpuesto.

Cópiese y notifíquese. Devuélvase el expediente a la Sección de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en reunión efectuada en la fecha del quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, ausente. *Dolly Pedraza de Arenas, Jaime Abella Zárate, Carlos A. Orjuela Góngora, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Consuelo Sarria Olcos, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Alvaro Díaz-Granados G.,* Conjuez; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Miguel Viana Patiño, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Diego Younes Moreno, Carmelo Martínez Conn,* ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

NOMBRAMIENTO / REMOCION / FACULTAD DISCRECIONAL / COMPETENCIA / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES - Régimen de personal / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia

En la sentencia se sienta el principio general de que un acto no puede jurídicamente deshacerse sino por un medio análogo o semejante de aquél mediante el cual se formó. Este no es el asunto tratado en el fallo suplicado y no aparece en forma alguna la contrariedad jurisprudencial. El acto de nombramiento es uno y está dotado de su propio régimen jurídico, como es diferente el de remoción que obedece a otra regulación. Si bien por regla general el funcionario nominador tiene la facultad de remover, la ley misma puede separar las dos facultades. Si la ley las separa crea una excepción a la regla y como tal su aplicación será restrictiva e impedirá su aplicación analógica. En el caso concreto se dio tal eventualidad. La ordenanza sentó la regla general de que al Gerente de la Beneficencia le correspondía la facultad de nombrar y remover libremente el personal; pero a continuación se indicó que el nombramiento de los jefes de departamento y jefes de sección los haría la junta directiva de ternas presentadas por el Gerente. Obsérvese que sólo se excepcionó el nombramiento, y eso parcialmente, pero nada se dijo de la remoción de tales funcionarios, la que por un mandato legal, reiterado en la citada ordenanza, quedó incólume en el Gerente.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D. C., 16 de marzo de 1993.

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref.: Expediente número S-204.

Actor: Carlos Hernando Estévez Amaya.

SALA PLENA

Se procede a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el actor, a través de apoderado, contra la sentencia de 7 de mayo de 1991 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, en el proceso radicado bajo el número 4202, mediante la cual revocó la sentencia de 6 de febrero de 1989 del Tribunal Administrativo de Santander, y, en su lugar, denegó las súplicas de la demanda.

Redacta la ponencia el suscrito, por cuanto la presentada por el señor Consejero Ariza Muñoz no obtuvo la mayoría requerida en la ley.

I. ANTECEDENTES

I.1 Carlos Hernando Estévez Amaya, mediante apoderado, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C. C. A., solicitó ante el Tribunal Administrativo de Santander, la declaratoria de nulidad de la Resolución 004 de 8 de enero de 1986, emanada del señor Director General de la Beneficencia de Santander, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe del Departamento Administrativo de la Beneficencia de Santander, y, que como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reintegrar al actor al mismo cargo o a otro de similar nomenclatura, escala de remuneración, o a uno superior, así como al pago de la totalidad de los sueldos, gastos de representación, prestaciones sociales y demás emolumentos propios del cargo que venía desempeñando, que haya dejado de devengar en razón del acto acusado y hasta su reincorporación al servicio en virtud de la sentencia. Que de igual manera y para todos los efectos legales se declare que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio por el demandante, desde su desvinculación y hasta el cumplimiento de la sentencia.

I.2 La acción contenciosa instaurada contra el acto administrativo aludido, culminó con el pronunciamiento de primera instancia de 6 de febrero de 1989 (fls. 247 a 256 cdno. 1), que declaró la nulidad de la Resolución 004 de 8 de enero de 1986 y accedió al restablecimiento del derecho solicitado, al considerar el *a quo* que, conforme al artículo 1º inciso 3º de la Ordenanza número 25 de 1983, publicada en la Gaceta de Santander el 9 de diciembre del mismo año, los nombramientos y remociones del personal de las entidades descentralizadas del Departa-

mento corresponden al Gerente, excepto la designación de los Jefes de Departamento y Jefes de Sección que hará la Junta de ternas presentadas por el primero, y, según constancia expedida por el Gerente de la Beneficencia de Santander, el 18 de junio de 1987, la Junta de dicha entidad no intervino en la declaratoria de insubsistencia del actor ni autorizó tal determinación, y si, por el contrario, de acuerdo con el contenido del Acta 1271 de 19 de marzo de 1986, a la Junta se llevó de manera tangencial el despido del demandante, lo que mereció la protesta de uno de sus miembros, lo que hace que el acto acusado adolezca de incompetencia, pues no radicaba la facultad para su expedición en el Gerente de la entidad demandada.

Que del contenido del citado artículo de la ordenanza no puede entenderse que la potestad de la Junta Directiva como entidad nominadora sólo rige para actos de incorporación de Jefes de Departamento, por cuanto sería una interpretación exegética que no traduce adecuadamente el pensamiento de la Asamblea de Santander, que lo que quiso fue limitar el poder discrecional de la Gerencia, atribuyéndole la función de elaborar ternas para el nombramiento de personal de rango directivo, con el fin de que fuese la Junta quien adoptase la determinación más conveniente a los fines de la entidad.

II. LA SENTENCIA SUPLICADA

Reza la parte resolutiva de la providencia de la Sección Segunda:

> "Revócase la sentencia del 6 de febrero de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso incoado por Carlos Hernando Estévez Amaya contra la Beneficencia de Santander, y en su lugar, deniéganse los súplicas de la demanda".

Para adoptar la decisión anterior, el *ad quem* sustentó la sentencia con base en los siguientes argumentos que pueden sintetizarse así (fls. 282 a 294 *ibidem*):

Del contenido del artículo 1º de la Ordenanza Departamental número 25 de 1983, se deduce que es claro que los Gerentes de las entidades descentralizadas de Santander, en forma general y sin más limitación que aquella que le impone el ordenamiento jurídico relativo a la satisfacción del interés general, ostentan la competencia para designar y desvincular

al personal que labora en dichos organismos, con una sola excepción: la de nombrar a los Jefes de Departamento y Jefes de Sección de las entidades cuya gestión dirigen, facultad ésta que por voluntad de la Asamblea Departamental radica en las Juntas Directivas de tales instituciones con base en las ternas presentadas por el Gerente respectivo, lo cual significa que la facultad de remover dichos funcionarios compete a los Gerentes de las entidades descentralizadas, y no puede aceptarse que la referida excepción que se contrae a la prerrogativa de nombrar a dichos servidores públicos se extienda a su desvinculación, porque ello implicaría su aplicación a aspectos no cobijados por la excepción, lo cual contraría el principio general del sentido restrictivo de toda excepción legal.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Considera el apoderado del actor que la tesis jurídica que el fallo recurrido ha aplicado, tiene como implicación inmediata el reconocimiento de que "la potestad nominadora" es escindible, esto es, que el principio general de la administración de personal se puede romper atribuyéndola por vía interpretativa separadamente.

Que en el presente caso aunque la norma interpretada indica que para nombrar, la autoridad nominadora utilizará un procedimiento que tiene restricciones (terna del Gerente - decisión final de la Junta), la sentencia recurrida admite como principio, que una autoridad administrativa subordinada (la Gerencia), puede remover sin esas restricciones, lo cual contraría las siguientes jurisprudencias:

1. Sentencias de la Sección Segunda de 14 de agosto de 1979; Expediente 1944 de 16 de marzo de 1979; Expediente 1301 de 29 de enero de 1980; Expediente 3090, en las cuales se mantuvo el principio de que sólo la autoridad que tiene la competencia para nombrar, puede declarar la insubsistencia; y que si la autoridad nominadora tiene restricciones consagradas en la ley o en los reglamentos, para ejercer la facultad de nombrar, sólo siguiendo los mismos procedimientos y acatando las mismas restricciones puede ejercer la facultad de remover.

2. Sentencias de 21 de septiembre de 1945, de 25 de abril de 1951 y de 22 de noviembre de 1951, de la Sala Contencioso-Administrativa, en las cuales se expresa, en su orden:

a) "...Una cosa es el acto administrativo del Gobierno, por medio del cual se dispone el retiro de un empleado, y otra muy distinta los efectos legales de ese mismo retiro. El primero se basa en la facultad constitucional de libre nombramiento y remoción que tiene el Gobierno, y los segundos se producen por ministerio de la ley, ya sea que se contemplen o no en el texto del acto administrativo que los origina..."

...

b) "...Es regla elemental de derecho el que un acto no puede jurídicamente deshacerse sino por un medio análogo o semejante de aquél mediante el cual se formó, e implicaría menosprecio de la jerarquía administrativa el que se llegara a admitir que una simple resolución del Gerente o Director de un servicio público pudiera destruir por sí sola los efectos producidos por una providencia emanada y suscrita por el Jefe de Estado. Para excluir a un empleado de la carrera administrativa, cancelando su inscripción y removiéndolo del empleo, se requiere un acto de igual valor o fuerza al que lo aceptó y escalafonó en ella...".

...

c) "...El régimen general -dice Gastón Jeze, en su obra *Principios Generales del Derecho Administrativo*- establece que la facultad de dejar cesante o destituir a los agentes públicos jerarquizados, está contenida implícitamente en el poder jerárquico del jefe del servicio. Como a este funcionario le incumbe la responsabilidad por el buen funcionamiento del servicio, tiene la facultad de dejar cesante, así como tiene la facultad de nombrar. Esta facultad es discrecional...".

El cambio de jurisprudencia que hace el fallo recurrido es determinante en la decisión, porque mientras la jurisprudencia contrariada sostiene que sólo quien tiene la facultad de nombrar, puede remover; el fallo recurrido acepta que una autoridad que no puede nombrar, por expresa reserva normativa, puede remover. Y, mientras en la jurisprudencia contrariada se sostiene que si la autoridad que puede nombrar tiene restricciones para hacerlo, tiene que cumplirlas igualmente para remover, la sentencia suplicada acepta que pueda removerse sin cumplir tales restricciones (fls. 1 a 8 cdno. del recurso).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De las jurisprudencias que cita el recurrente como contrariadas, de acuerdo con el criterio de la Sala Plena de esta Corporación, sólo es viable el cotejo frente a las sentencias provenientes de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, es decir, las sentencias de 21 de septiembre de 1945; 25 de abril de 1951 y 22 de noviembre de 1951.

Cotejadas estas sentencias con la de 7 de mayo de 1991, dictada por la Sección Segunda de esta corporación, mediante la cual revocó la de 6 de febrero de 1989, cabe concluir que la decisión impugnada no desconoce la jurisprudencia contenida en los aludidos fallos.

Para arribar a esa conclusión basta observar que el fallo de 21 de septiembre de 1945 se refiere a aspectos totalmente diferentes. Mientras en éste se hace la distinción entre el acto de desvinculación del servicio y los efectos legales prestacionales que produce en la persona afectada, en el fallo cuestionado se define si el funcionario que tiene la facultad de nombramiento tiene la de remoción.

En la sentencia citada como contrariada de 25 de abril *se sienta el principio general de que un acto no puede jurídicamente deshacerse sino por un medio análogo o semejante de aquel mediante el cual se formó* y cita como ejemplo que para excluir a un empleado de carrera administrativa, cancelando su inscripción y removiéndolo del empleo, se requiere un acto de igual valor o fuerza al que lo aceptó y escalafonó en ella.

Pues bien, *este no es* tampoco *el asunto tratado en el fallo suplicado y no aparece en forma alguna la contrariedad jurisprudencial. El acto de nombramiento es uno y está dotado de su propio régimen jurídico, como es diferente el de remoción que obedece a otra regulación. Si bien por regla general el funcionario nominador tiene la facultad de remover, la ley misma puede separar las dos facultades. Si la ley las separa crea una excepción a la regla y como tal su aplicación será restrictiva e impedirá su aplicación analógica.*

En el caso concreto se dio tal eventualidad. Conforme al artículo 1º de *la Ordenanza* 25 de 1983 de la Asamblea de Santander se *sentó la regla general de que al Gerente de la Beneficencia le correspondería la*

facultad de nombrar y remover libremente el personal; pero a continuación se indicó que el nombramiento de los jefes de departamento y jefes de sección los haría la junta directiva de ternas presentadas por el Gerente. Obsérvese que sólo se excepcionó el nombramiento, y eso parcialmente, pero nada se dijo de la remoción de tales funcionarios, la que por un mandato legal, reiterado en la citada ordenanza, quedó incólume en el Gerente.

La competencia administrativa es de derecho estricto, hasta el punto que la doctrina y la jurisprudencia reiteran a menudo la idea de que el funcionario público, a diferencia de los particulares, no puede hacer sino aquello para lo que está expresamente autorizado.

Tampoco se infringió por la Sección Segunda la jurisprudencia contenida en el fallo de 22 de noviembre de 1951.

Por el contrario su acatamiento es evidente. En los establecimientos públicos colombianos el jefe del servicio es su Gerente o Director y no la junta directiva y el régimen general establece que la facultad de dejar cesante o de destituir a los agentes públicos está contenida implícitamente en el poder jerárquico del jefe del servicio, a quien le incumbe para el buen funcionamiento de éste la facultad de dejar cesante a sus agentes, a menos que una norma expresa se lo impida. Norma que no existe en el caso estudiado.

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:

Declárase improcedente el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 7 de mayo de 1991 dictada por la Sección Segunda de esta corporación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día 15 de marzo de 1993.

SALA PLENA

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, ausente. *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, salvo voto; Carlos Betancur Jaramillo, Miguel González Rodríguez, Mirén de la Lombana de M., Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn,* ausente; *Miguel Viana Patiño, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta,* ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

NOMBRAMIENTO / REMOCION / FACULTAD DISCRECIONAL / COMPETENCIA / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES - Régimen de Personal / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA -Improcedencia (Salvamento de voto)

En el Derecho colombiano la facultad de nombramiento lleva aparejada la de remoción, y, no podría ser de otra manera, por cuanto la lógica impone que "las cosas se deshacen como se hacen", salvo cuando por expreso mandato legal se separa o escinde la facultad de nombramiento de la de remoción. Si la Ordenanza reservó a las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas la facultad de nombramiento de los cargos de Jefes de Departamento y Jefes de Sección, esto es, le quitó al Gerente dicha facultad para proveer los altos cargos de la entidad, obviamente también se sustrajo la facultad de remoción.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Ref.: Expediente número S-204.

Actor: Carlos Hernando Estévez Amaya.

Las consideraciones hechas en la ponencia que redacté en este proceso, que no merecieron la acogida de la Sala, son las que me llevan a disentir de la decisión mayoritaria.

Sostuve al efecto en dicho proyecto:

"De las jurisprudencias que cita el recurrente como contrariadas, de acuerdo con el criterio de la Sala Plena de esta Corporación, sólo es viable el cotejo frente a las sentencias provenientes de la antigua Sala

de lo Contencioso Administrativo, es decir, las sentencias de 21 de septiembre de 1945; 25 de abril de 1951 y 22 de noviembre de 1951.

En dichas jurisprudencias el punto de derecho a dilucidar lo fue la facultad de libre nombramiento y remoción.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el Gerente de la entidad descentralizada *Beneficencia de Santander*, declaró insubsistente a Carlos Hernando Estévez Amaya, quien ocupaba el cargo de Jefe del Departamento Administrativo en dicha entidad.

Conforme al artículo 1º de la Ordenanza 25 de 1983 (fl. 12 vto. cdno. núm. 1) 'Corresponde al Gerente la facultad de nombrar y remover libremente al personal, excepto el nombramiento de los Jefes de Departamento y Jefes de Sección, que hará la Junta Directiva de ternas presentadas por el Gerente' ".

Del texto transcrito se deduce que indudablemente la Asamblea del Departamento de Santander consagró una excepción a la facultad de nombramiento del Gerente para radicarla en cabeza de la Junta Directiva, tratándose de determinados cargos directivos.

Haciendo un breve análisis del tratamiento constitucional y legal que en el Derecho colombiano se le ha dado a la facultad discrecional de nombramiento y remoción, encontramos que:

Indica el artículo 62 de la Constitución Nacional de 1886:

"...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..."

Señala el artículo 120 numeral 1º *ibidem:*

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa:

1. Nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho, los Jefes de Departamentos Administrativos y los Directores o Gerentes de los Establecimientos Públicos Nacionales.

Parágrafo. Los Ministros del Despacho serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República...".

Preceptúa el numeral 4º *ibidem:*

"Nombrar y separar libremente a los Gobernadores".

El inciso final del numeral 5º *ibidem* estatuye:

"En todo caso el Presidente tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes..."

El artículo 145 de la misma Carta Política, dentro de las funciones especiales del Procurador General de la Nación, contempla en el numeral 4º la de "nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia".

El artículo 130 del C. de R. M. prescribe:

"El Alcalde es el Jefe de la administración pública en el Municipio y ejecutor de los acuerdos del Concejo. Le corresponde dirigir la acción administrativa, nombrando y separando libremente sus agentes..."

El artículo 94 del C. de R. D., reza:

"Son atribuciones del Gobernador...

2. Dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes..."

En la Constitución de 1991, el artículo 189 numeral 1º, le confiere al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa la facultad de nombrar y separar libremente a los Ministros del Despacho y a los Directores de Departamentos Administrativos.

El artículo 251 *ibidem*, dentro de las funciones especiales del Fiscal General de la Nación, le otorga en el numeral 2º la de "nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia".

El artículo 278 numeral 6º faculta al Procurador General de la Nación para "nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia".

El artículo 305, dentro de las atribuciones del Gobernador, en el numeral 5º le asigna la de nombrar y remover libremente a los Gerentes

o Directores de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales o Comerciales del Departamento.

El artículo 315 asigna en el numeral 3º al Alcalde la facultad de nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los Gerentes o Directores de los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales o Comerciales de carácter local.

De lo anterior se infiere necesariamente que *en el Derecho colombiano la facultad de nombramiento lleva aparejada la de remoción, y, no podría ser de otra manera, por cuanto la lógica impone que "las cosas se deshacen como se hacen", salvo cuando por expreso mandato legal,* como acontece con lo previsto en los artículos 103 del C. de R. M. y 250 del C. de R. D. *se separa o escinde la facultad de nombramiento de la de remoción,* para permitir que esta última se pueda dar por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación y frente a casos concretos como el de los Contralores, Personeros, Auditores y Revisores del orden Municipal o Contralores del orden Departamental.

Lo ya analizado permite concluir que *si la Ordenanza* número 25 de 1983 *reservó a las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas la facultad de nombramiento de los cargos de Jefes de Departamento y Jefes de Sección, esto es, le quitó al Gerente dicha facultad para proveer los altos cargos de la entidad, obviamente también se sustrajo la facultad de remoción,* y, en este sentido, el punto de derecho que tuvo en cuenta la Sección Segunda de esta Corporación para revocar la sentencia de primera instancia y denegar las súplicas de la demanda fue mal interpretado y contrarió el criterio que sobre el mismo se fijó en la sentencia de 25 de abril de 1951, en cuanto expone que es regla elemental de derecho el que un acto no puede jurídicamente deshacerse sino por un medio análogo o semejante de aquél mediante el cual se formó.

Por ser la interpretación en torno a este punto de derecho el soporte del fallo, está llamado a prosperar el recurso extraordinario de súplica, lo cual conlleva a infirmar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 7 de mayo de 1991, y, como Tribunal de instancia a proferir la que en derecho corresponda. Para el efecto, se procede al estudio del recurso de apelación interpuesto por la

parte demandada contra la sentencia de 6 de febrero de 1989, del Tribunal Administrativo de Santander, que, en síntesis, se fundamentó en lo siguiente (fls. 261 a 262 cdno. 1):

1. El artículo 1º de la Ordenanza 25 de 1983 es claro cuando dice que sólo la Junta Directiva tiene facultad para nombrar a los Jefes de Departamento, de ternas presentadas por el Gerente. Pero en cuanto hace referencia a la facultad de la misma para desvincular del cargo no expresa nada, entendiéndose que dicha atribución está adscrita al Gerente de la entidad departamental descentralizada.

2. El fallo debió ser inhibitorio al no haberse acompañado en debida forma el acto acusado.

En lo que respecta al segundo motivo de inconformidad, no le asiste razón al recurrente ya que si bien es cierto que mediante proveído de 27 de mayo de 1986 (fl. 25 cdno. núm. 1) se inadmitió la demanda por no haberse acompañado copia auténtica del acto acusado, también lo es que en virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor, la Sección Segunda de esta Corporación, según consta a folios 35 a 40 *ibidem*, revocó tal providencia, al considerar, entre otras razones, que el libelo permitía conocer a ciencia cierta el acto que se acusa, pues obraba una copia al carbón del mismo, además de que lo afirmado en él está corroborado por otros medios probatorios, lo que hizo que se le diera curso a la demanda.

Teniendo en cuenta que este asunto ya fue dilucidado en el proceso que nos ocupa y por no tratarse de una providencia ilegal, tiene fuerza vinculante entre las partes, conservando su carácter de ejecutoria que la hace inmodificable.

En lo que se relaciona con el primer argumento de discrepancia, del acervo probatorio recaudado en el proceso se puede establecer que el actor desempeñaba el cargo de Jefe del Departamento Administrativo en la Beneficencia de Santander, cargo éste creado en sesión de 8 de mayo de 1984, como aparece en el Acta número 1251, visible a folio 168 del cuaderno número 1, y, que según el artículo 1º de la Ordenanza número 25 de 1983, corresponde proveerlo a la Junta Directiva de dicha entidad.

De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído, la remoción del funcionario en mención compete también a la Junta Directiva de la citada entidad.

No obstante lo anterior, obra a folio 116 del cuaderno número 1, certificación del Gerente de la Beneficencia de Santander, en la cual se expresa:

> "...Que no se encontró acta alguna en la cual exista constancia que la Junta Directiva de la Beneficencia de Santander hubiera intervenido para declarar insubsistente al señor Carlos Hernando Estévez Amaya, o autorizado dicho acto".

Como quiera que el Gerente de la entidad demandada declaró insubsistente el nombramiento del actor sin tener facultad para ello, esto hace que el acto acusado esté viciado de nulidad, por incompetencia del funcionario que lo expidió, y en este sentido habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

Debió, a mi juicio, infirmarse la sentencia de segunda instancia y, como consecuencia de ello, confirmarse la sentencia de primera instancia.

Fecha, *ut supra.*

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

JURISDICCION COACTIVA / PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia

No es posible escindir el procedimiento aplicable a un determinado proceso, por manera que si la disposición anterior (art. 252 del C. C. A.) establece que los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se ventilan conforme a las reglas del procedimiento civil, y éste no prevé el recurso extraordinario de súplica para esta clase de materias, el mismo resulta improcedente, habida cuenta de que está limitado a los procesos que se regulan íntegramente por C.C.A.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D. C., 17 de marzo de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente número S-097.

Recurso de súplica.

Actor: Departamento Administrativo de Valorización de Ibagué.

Se procede a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por Fabio Alberto Espinoza González contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación el 3 de abril de 1989, en la que se declararon no probadas las excepciones propuestas dentro del proceso de jurisdicción coactiva promovido por el Departamento Administrativo de Valorización de Ibagué.

ANTECEDENTES:

Por auto de 24 de octubre de 1985, la División de Ejecuciones Fiscales del Departamento Administrativo de Valorización Municipal de Ibagué libró mandamiento de pago por vía ejecutiva de jurisdicción

coactiva contra el señor Fabio Alberto Espinoza González; como título de recaudo ejecutivo, se acompañó el *reconocimiento* por el Tesorero General del Departamento de Valorización del citado municipio.

Notificado el auto personalmente al demandado el 10 de febrero de 1986 (fl. 79), éste propuso las excepciones de *falta de causa y por tanto de acción en la entidad ejecutante e ilegalidad, ineficacia e inclusive de inexistencia de título ejecutivo.*

Se sustentan las excepciones en los siguientes hechos:

1. Faltó notificación de las providencias de carácter general e individual de liquidación y distribución del gravamen.

2. El reconocimiento no constituye título ejecutivo y la cantidad es una cifra incierta y arbitraria.

3. La Resolución 04 de 1983 a que alude el reconocimiento es inexistente ya que con motivo de la obra se produjeron dos Resoluciones, la 013 de junio 13 de 1983 y la 030 de septiembre 22 del mismo año "ninguna de las cuales aparece que hubiera sido notificada en la forma ordenada por el Acuerdo número 023 de 1983". (fl. 2 cdno. Excepciones).

LA SENTENCIA SUPLICADA

Fue proferida, como atrás se hizo notar, por la Sección Cuarta de esta Corporación el 3 de abril de 1989 y allí se dijo, en lo pertinente:

> "Al respecto cabe advertir que el Decreto 01 de enero 2 de 1984 (nuevo C. C. A.) vigente a partir del 1° de marzo del citado año reglamentó en el artículo 68 la materia relativa a los documentos que prestan mérito por la vía de jurisdicción coactiva subrogando lo que sobre el mismo particular enunciaba el artículo 562 del Código de Procedimiento Civil y si bien es cierto que en esta nueva norma del Código Contencioso Administrativo no aparecen relacionados como títulos ejecutivos los *reconocimientos* expedidos por funcionarios públicos, como el del Tesorero General del Departamento Administrativo de Valorización Municipal de Ibagué en el presente caso, no es menos cierto que el Decreto 1604/66 es una norma especial sobre la materia que permite el cobro coactivo de la contribución de valorización, y textualmente dice:

'Para el cobro por jurisdicción coactiva de las contribuciones de Valorización Nacional, Departamental, Municipal y del Distrito Especial de Bogotá se seguirá el procedimiento especial fijado por el Decreto-ley 1735 de 17 de julio de 1964, y prestará mérito ejecutivo *la certificación sobre existencia de la deuda fiscal exigible* expedida por el Jefe de la Oficina a cuyo cargo está la liquidación de estas contribuciones *o el reconocimiento hecho por el correspondiente funcionario recaudador.*

En el caso *sub lite* sirvió de título ejecutivo el 'reconocimiento' que expidió el señor Mario Díaz Díaz, en su carácter de Tesorero General del Departamento Administrativo de Valorización Municipal de Ibagué, visible a folio 1° del expediente y en él consta que a veintitrés (23) de octubre de 1985, el señor Fabio Alberto Espinosa González González debía con veinticuatro (24) meses de mora, al Departamento Administrativo de Valorización de Ibagué, la suma de un millón cuatrocientos treinta y tres mil seiscientos treinta y siete pesos con 53/100 ($1.433.637.53) por concepto de pavimentación Avenida El Jordán por el predio situado en la carretera a El Espinal con cédula catastral número 01-09-105-001 T, según la Resolución 004 de 1983 emanada de la Junta de Valorización y en concordancia con el Acuerdo número 023 de 1983. En consecuencia, se decide que el documento es idóneo y que en él consta una obligación expresa y clara de pagar una suma líquida de dinero de plazo vencido.

En relación con los aspectos relacionados con la falta de notificación son cuestiones que debieron debatirse en la vía administrativa y que no son susceptibles de debate en esta etapa procesal." (fls. 177-178).

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El suplicante señala como jurisprudencia contrariada la contenida en los fallos de 22 de marzo de 1954 y 27 de noviembre de 1961 de la antigua Sala de Negocios Generales, de los que transcribe la parte relativa a la aceptación por parte del Consejo de Estado de la correspondiente excepción cuando el título adolece de vicios en su formación o es contrario a la ley.

Luego de referirse a circunstancias que precedieron al cobro de la valorización y que, según el recurrente, afectan la validez legal del reconocimiento como título ejecutivo, expresa:

"Pero como inicialmente lo expresé, son innumerables los autos y sentencias de la Sección Cuarta, en los cuales se ha procedido de conformidad con la jurisprudencia constante de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sobre la eficacia y legalidad de los títulos ejecutivos, bien sean los que se enumeran en el artículo 562 del Código de Procedimiento Civil o en el artículo 68 del Decreto 01 de enero 2 de 1984 o en el artículo 14 del Decreto 1604 de 1966, que para el caso del reconocimiento que obra al folio 1, a los vicios plenamente comprobados que tuvo en su formación, debe agregarse la delictuosa adulteración de que fue objeto, como también son innumerables los autos y sentencias de la misma Sección Cuarta en los cuales se consideran causales de ilegalidad e ineficacia de los títulos ejecutivos en los procesos de jurisdicción coactiva, el que a los ejecutados no se les haya dado la oportunidad de impugnar el acto administrativo del cual pudiera resultar la obligación de pago, al considerarse ejecutoriado dicho acto, como plenamente también se demostró en este proceso, con la manifestación del oficio visible a folio 22, sobre la circunstancia de no encontrarse en los archivos ni siquiera el edicto por medio del cual se hiciera la notificación". (fls. 186-187).

LA JURISPRUDENCIA INVOCADA

1. *Sentencia de marzo 22 de 1954*

Corresponde al cobro del impuesto predial sobre minas, mediante los trámites de la jurisdicción coactiva, a la Compañía Minera de Chocó Pacífico, de "los impuestos determinados en el reconocimiento desde el día en que se hicieron exigibles, según disposiciones legales, hasta el día del pago", donde se propusieron las siguientes excepciones:

"Los reconocimientos en que se apoyan los mandamientos de pago son inoperantes legalmente. Ni los créditos en cobro ni menos los intereses son exigibles contra la sociedad ejecutada por haberse pretermitido la actuación administrativa que correspondía, ordenada en las leyes para deducir la deuda..." y, suponiendo que fueran exigibles, "carecen del mismo carácter los intereses mandados a pagar pues la sociedad ejecutada no está en mora, por ausencia de un impuesto legalmente liquidado".

"El impuesto no se debe por ninguna de las minas porque ellas han sido trabajadas formalmente...

"La cuantía establecida en el artículo 7º del Decreto legislativo 223 de 1932... fue reducida a la mitad en el año 1946.

"El impuesto predial sobre minas redimidas a perpetuidad es estrictamente legal, y pesa solamente sobre la mina. El dueño a quien no le convenga pagar el impuesto una vez liquidado, tiene el derecho de renunciar formalmente a la mina, mediante declaración especial...

"La mina La Bolsa por el cual se cobra el impuesto no ha sido nunca ni es en la actualidad de la Compañía Minera Chocó, Pacífico S. A.".

"...Si las sumas de dinero cobradas se reputan exigibles, están prescritas las deudas por el impuesto correspondiente a los años anteriores a 1940..."

El fallo que definió estas excepciones puntualiza que la presunción de legalidad atribuida por la jurisprudencia a los títulos ejecutivos que sirven de fundamento a la jurisdicción coactiva es apenas "trasunto fiel y exacto de la certidumbre de que en la etapa de formación y constitución del título ejecutivo se han observado las normas y preceptos de orden ético y legal que informan y regulan los actos de la administración pública en todo Estado de Derecho" y que la Corporación ha venido aceptando, igualmente, como fundamental medio de defensa *la impugnación de la ejecutoriedad y eficacia legal del título ejecutivo,* cuando quiera que han sido pretermitidos o transgredidos aquellos requisitos.

Y agrega:

"La firmeza de la liquidación de los impuestos en referencia presupone naturalmente el agotamiento de la gestión gubernativa y luego la de la contencioso-administrativa, esto es, que contra tal acto de la Administración Pública, en este caso la liquidación de los impuestos, no quede ningún recurso, bien por no haber sido ejercitado en tiempo o por haberse surtido convenientemente y tener así la liquidación de los impuestos la firmeza y autoridad de cosa juzgada que presta a 'las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores por impuestos', la eficacia del título ejecutivo conforme al ordinal 2º del artículo 1059 del Código Judicial."

Y concluye:

"En el caso de autos es manifiesta la pretermisión de los requisitos legales anotados, pues los reconocimientos... en virtud de los cuales

se hizo la liquidación de los impuestos *sub lite* aparecen fechados el 2 de mayo de 1950 y en esa misma fecha fueron dictados los referidos mandamientos de pago... lo cual hace que sean inoperantes legalmente, por ahora, los mencionados reconocimientos en que se apoyan los mandamientos de pago, y que aparezcan plenamente probados los hechos en que se funda la excepción en estudio..." (fls. 202-205).

2. *Sentencia de noviembre 27 de 1961*

Conoció la Sala de Negocios Generales, en segunda instancia, de la sentencia proferida en primera por el Tribunal Administrativo de Córdoba en octubre 24 de 1960 que declaró no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de los señores Gustavo Rojas Pinilla y Carola Correa de Rojas en relación con la Empresa Azucarera de Berástegui S.A.

Se propusieron las excepciones de petición de modo indebido o antes de tiempo, ineficacia del instrumento ejecutivo, pago parcial, error de cuenta, pago parcial por compensación, carencia de acción y la genérica.

El Consejo encontró probada la excepción de "petición de modo indebido o antes de tiempo" y, al respecto, expresó:

"Consiste la excepción en que el reconocimiento que ha dado base al juicio ejecutivo no fue notificado al deudor, a pesar de que en dicha providencia se ordenó ponerlo en su conocimiento, con un plazo de tres días para que efectuara el pago; por lo que, no estando ejecutoriado, la condición de exigibilidad de la deuda no se había producido para la fecha en que se dictó el mandamiento de pago; y por consiguiente el reconocimiento no presta mérito ejecutivo. Dicho reconocimiento -alega el excepcionante- no fue notificado de conformidad con el artículo 74 del C.C.A.".

Y más adelante:

"...Previamente al juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva se lleva a cabo un proceso administrativo que termina precisamente en el reconocimiento de la deuda a favor del Fisco; y tal reconocimiento por lo tanto debe hacérsele conocer al interesado con los medios que da la ley para ello.

Entonces éste puede reclamar sobre lo que se le cobra, reclamo que como es obvio se surte ante la administración".

Y por último, agrega:

"El principal elemento para conformar el título ejecutivo es el reconocimiento y para que éste sea eficaz no puede adolecer de ningún vicio. La jurisprudencia constante del Consejo de Estado sobre ineficacia del título ejecutivo, tiene establecido que existe dicha excepción cuando el título adolece de algún vicio en su formación, y en general, cuando contraría la ley".

Consideraciones de la Sala:

Para la Sala es evidente que el recurso propuesto no es procedente en esta clase de asuntos.

En efecto, el artículo 252 del C.C.A., modificado por el 63 del Decreto-ley 2304 de 1989, dispuso lo siguiente:

"Procedimiento. En la tramitación de las apelaciones e incidentes de excepciones en juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se aplicarán las disposiciones relativas al juicio ejecutivo del Código de Procedimiento Civil".

En ese orden de ideas, la Sala Plena ha considerado que no es posible escindir el procedimiento aplicable a un determinado proceso, por manera que si la disposición anterior establece que los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se ventilan conforme a las reglas del procedimiento civil, y éste no prevé el recurso extraordinario de súplica para esta clase de materias, el mismo resulta improcedente, habida cuenta de que está limitado a los procesos que se regulan íntegramente por C.C.A.

Así las cosas, el recurso se rechazará por improcedente.

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

RESUELVE:

R*echáazase por improcedente* el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Corporación el tres (3) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la sección de origen.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el 15 de marzo de 1993.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, Miren de la Lombana de Magyaroff,

SALA PLENA

Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Daniel Suárez Hernández, Miguel Viana Patiño, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Miguel González Rodríguez, ausente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Yesid Rojas Serrano, Julio César Uribe Acosta,* ausente; *Diego Younes Moreno,*

Nubia González Cerón, Secretaria.

SALA DE CONSULTA

PERSONAL DOCENTE - Régimen Salarial / FACTOR SALARIAL / PRIMA DE NAVIDAD / LEY ESPECIAL / PRIMA DE DEDICACION EXCLUSIVA

El artículo 33 del Decreto-ley 1045 de 1978 es aplicable a todos los empleados públicos de la rama ejecutiva que no estén sometidos a un régimen especial. A los que se rijan por normas especiales, como es el caso de los docentes, se les tendrá en cuenta para liquidar sus prestaciones, todos los factores que conformen su salario. Los factores de la remuneración previstos por el artículo 33 del Decreto-ley 1045 de 1978 son obligatorios para efecto del reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los servidores comprendidos por este estatuto. Sin embargo, no es aplicable a los empleados docentes. Por consiguiente todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado docente como retribución por sus servicios, incluyendo en ellas el porcentaje liquidado sobre la asignación básica y la prima de dedicación exclusiva, constituyen salario para los efectos indicados.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Santafé de Bogotá, D. C., 13 de noviembre de 1992.

Consejero Ponente: Dr. *Jaime Betancur Cuartas.*

Ref.: Ministerio de Educación Nacional. Consulta sobre los Factores de Salario que deben servir de fundamento en la liquidación de prestaciones.

Aplicación al artículo 33 Decreto 1045 de 1978 al Régimen Especial de Docentes.

Radicación 479.

El Ministro de Educación formula a la Sala la siguiente consulta:

Formula la consulta previas las siguientes consideraciones:

"1. *Antecedentes*

Mediante auto de fecha agosto 26 de 1992, la Veeduría del Ministerio de Educación Nacional, solicitó se procediera elevar consulta sobre la aplicación de normas que regulan la liquidación de la prima de navidad.

Se originó controversia de aplicación de las normas ante la actitud del funcionario pagador de un Instituto Nacional de Educación Media, INEM, de no tener en cuenta algunos factores de salario para el reconocimiento y pago de la prima de navidad al personal docente que labora en dicho Instituto.

Anualmente se expide un decreto que reglamenta el régimen salarial y prestacional de los docentes, reconociéndose un porcentaje liquidado sobre la asignación básica y una prima de dedicación exclusiva, según las funciones y cargo desempeñado por el docente; estas normas no regulan la denominada prima de navidad y los factores salariales que deben tenerse en cuenta para su liquidación.

Por tanto consideramos que debe aplicarse el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, que establece en forma taxativa los factores de salario que deben servir de fundamento en la liquidación de esta prestación, sin incluir los porcentajes liquidados sobre la asignación básica y la prima de dedicación exclusiva, no desconociendo que las sumas percibidas por estos dos (2) conceptos, constituyen salario, porque habitual y periódicamente las recibe el empleado como retribución de sus servicios (art. 42, Dec. 1042 de 1978).

2. *Consulta*

Por lo expuesto, solicito a esa Honorable Corporación dilucide lo siguiente:

a) ¿El artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, es aplicable en el régimen especial docente?;

b) En caso de ser aplicable, ¿debe entenderse que los factores allí señalados son taxativos? o ¿pueden tomarse a manera de ejemplo y computarse como factores además de los señalados, los porcentajes

liquidados sobre la asignación básica y la prima de dedicación exclusiva?

3. *Normas aplicables a la consulta*

a) Normas que establecen el pago de un porcentaje liquidado sobre la asignación básica según las funciones y cargo desempeñado por el docente:

No. decreto	**Año**	**Artículo**
386	1980	4º
329	1981	6º
269	1982	4º
294	1983	6º y 7º
496	1984	6º
134	1985	6º
111	1986	17 y 18
199	1987	17 y 18
125	1988	17 y 18
44	1989	17 y 18
74	1990	17 y 18
111	1991	17 y 19
908	1992	18 y 19

b) Normas que establecen el pago de la prima de dedicación exclusiva:

No. decreto	**Año**	**Artículo**
456	1984	9º
134	1985	9º
111	1986	20
199	1987	21
125	1988	21
44	1989	21

No. decreto	Año	Artículo
74	1990	21
111	1991	22
908	1992	22

c) Artículo 33 del Decreto, 1045 de 1978."

La Sala considera:

1. El inciso 3º, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 prescribe que "los docentes nacionales y los que se vinculan a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales *se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional,* Decretos 3135 de 1968; 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.

2. El parágrafo 2º del citado artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispone que serán de cargo de la Nación, como entidad nominadora del personal docente nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las siguientes prestaciones: las primas de navidad, de servicios, el subsidio de alimentación, el subsidio familiar, el auxilio de transporte o movilización y las vacaciones.

3. El Decreto 908 de 1992, por el cual se fija la remuneración del personal docente del escalafón nacional, dispone en el inciso 4º, del artículo 3º, que los docentes vinculados por el sistema de hora-cátedra percibirán los emolumentos a que se refieren *los artículos 3º y 4º del Decreto Extraordinario 524 de 1975*, en la forma establecida en dichas disposiciones y no tendrán derecho a otras prestaciones sociales".

4. El artículo 3º del Decreto-ley 524 de 1975, establece que los profesores de cátedra o por horas "tienen derecho a vacaciones remuneradas y a prima de navidad similares a las del personal docente de tiempo completo. La liquidación será el promedio de lo devengado en los diez (10) meses del respectivo período lectivo.

5. El artículo 32 del Decreto-ley 1045 de 1978 prevé que los empleados públicos del orden nacional tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de navidad, que será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a 30 de noviembre de cada año, siempre que no haya norma especial que disponga otra cosa. Además,

dispone que el pago de la prima se hará en la primera quincena del mes de diciembre.

El inciso final de este artículo 32, establece que cuando el empleado público no hubiere servido durante todo el año, deberá liquidarse la prima de navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual si fuere viable.

6. El artículo 33 del citado Decreto-ley 1045 de 1978, enuncia los factores de salario que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento y pago de la prima de navidad de los empleados de la rama ejecutiva. Se entiende que estos factores se aplican a quienes no estén sometidos a un régimen especial de salarios y prestaciones sociales, porque, como en el caso de los docentes, las normas legales les fijan unos porcentajes sobre la asignación básica y que, por lo mismo, deben tomarse como base para la liquidación de todas las prestaciones a que tengan derecho.

7. Sobre este aspecto, el artículo 43 del Decreto-ley 1042 de 1978 dispone que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, *constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios*, además, el aparte final, del artículo 33 del Decreto 908 de 1992, prescribe que se entiende por remuneración de los docentes, el valor resulte de la suma de la asignación básica más los restantes factores que perciban mensualmente.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala absuelve los interrogantes formulados por el señor Ministro de Educación Nacional, de la siguiente manera:

a) El artículo 33 del Decreto-ley 1045 de 1978 es aplicable a todos los empleados públicos de la rama ejecutiva, que no estén sometidos a un régimen especial. *A los que se rijan por normas especiales, como es el caso de los docentes, se les tendrá en cuenta, para liquidar sus prestaciones, todos los factores que conformen su salario;*

b) Los factores de la remuneración previstos por el artículo 33 del Decreto-ley 1045 de 1978 son obligatorios para efecto del reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los servidores comprendidos por este estatuto. Sin embargo, como se explicó en la respuesta anterior, no es aplicable a los servidores docentes. Por consiguiente, *todas las sumas que*

habitual y periódicamente recibe el empleado docente como retribución por sus servicios, incluyendo en ellas el porcentaje liquidado sobre la asignación básica y la prima de dedicación exclusiva, constituyen salario para los efectos indicados.

En los anteriores términos queda absuelta la consulta formulada por el señor Ministro de Educación Nacional. Transcríbase en sendas copias al Ministerio referido 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 de la Sala.

Autorizada su publicación el 20 de enero de 1993.

REVISION DEL CONTRATO / CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA / FISCALIA GENERAL DE LA NACION / PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia / NACION - Representación / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades / DELEGACION DE FUNCIONES / CELEBRACION DE CONTRATOS / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (Salvamento de voto)

Según el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución, la representación administrativa de la Nación corresponde al Presidente de la República y excepcionalmente para los asuntos relacionados con sus funciones, al Registrador Nacional del Estado Civil (art. 266, inc. 2º de la Constitución); además la Fiscalía General, que es parte integrante de la rama judicial, no es una persona jurídica. De donde se deduce claramente que el artículo 154, número 2, del Decreto 2699 de 1991, en cuanto atribuye al Fiscal General la facultad para representar a la Nación para celebrar los contratos relativos a la Fiscalía General, es manifiestamente inconstitucional.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO

Radicación número 815

Ref.: Contrato de promesa de compraventa celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y el Banco Colpatria, Inversiones Colpatria, Constructora Colpatria y UPAC Colpatria.

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

La Fiscalía General no tiene personería jurídica y, por lo mismo, no puede contratar. Los motivos en que se funda esta aserción son los siguientes:

1º. Según el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución -que reitera el artículo 120, ordinal 13, de la anterior constitución-, el Presidente de la República tiene la facultad de "celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley". Estos contratos son los que celebra el Estado, definido como persona jurídica de derecho público, con el nombre de Nación, por el artículo 80 de la Ley 153 de 1887.

2º El artículo 266 de la Constitución prescribe, como excepción al principio expuesto, que el Registrador Nacional del Estado Civil tiene, entre otras funciones, "la de celebrar contratos en nombre de la Nación" en los casos determinados por la ley. Pero *la Constitución no faculta al Fiscal General ni a ninguno de los funcionarios o empleados de la misma dependencia para celebrar contratos en representación de la Nación.* Esto se explica porque la Asamblea Constituyente no acogió el proyecto que contemplaba la creación de un establecimiento público, perteneciente a la rama jurisdiccional con personería jurídica y autonomía administrativa, encargada de cumplir o ejecutar todas las actividades necesarias para el funcionamiento de la misma entidad, en ellas incluida la facultad de contratar.

Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución, los contratos que interesen al Consejo Superior de la Judicatura deben celebrarse, *en representación de la Nación, por el Presidente de la República.*

3º Si embargo, el artículo 211 de la Constitución prescribe que "la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine".

De manera que, según la transcrita disposición constitucional, *los funcionarios o empleados de la Dirección Nacional de Administración Judicial sólo podrían suscribir, en representación de la Nación, los contratos que el Presidente de la República les delegue.*

El artículo 154, número 2, del Decreto-ley 2699 de 1991 autoriza al Fiscal General para celebrar contratos a nombre y representación de la Nación.

Pero, por su parte, según el artículo 189, ordinal, 23, de la Constitución, antes transcrito, la representación administrativa de la Nación corresponde al Presidente de la República y excepcionalmente, para los

asuntos relacionados con sus funciones, al Registrador Nacional del Servicio Civil (art. 266, inc. 2º, de la Constitución); además, la Fiscalía General, que es parte integrante de la rama judicial, no es una persona jurídica. De donde se deduce claramente que el artículo 154, número 2, del Decreto 2699 de 1991, en cuanto atribuye al Fiscal General la facultad para representar a la Nación para celebrar los contratos relativos a la Fiscalía General, es manifiestamente inconstitucional y, de conformidad con el artículo 4º de la Carta Política, que prescribe la excepción de inconstitucionalidad, la Sala no lo debió aplicar.

5º La Sala, mediante concepto de 11 de mayo de 1989 y providencia de 13 de octubre de 1992, *por unanimidad prohijó el criterio divergente que sustento.* Tanto en la anterior constitución como en la de 1991 -con excepción de la facultad conferida al Registrador Nacional del Estado Civil (art. 266, inc. 2º)- el Presidente de la República, mediante autorización legal, celebra los contratos de la Nación.

En conclusión, considero que el contrato celebrado entre la Fiscalía General y el Banco Colpatria, Inversiones Colpatria, Constructora Colpatria y UPAC Colpatria no podía celebrarse porque la mencionada entidad no tiene personería jurídica y que, en consecuencia la Sala lo debió declarar no ajustado a la ley.

Fecha, *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

Nota de relatoría: Este salvamento fue el emitido al Dictamen número 815 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el contrato de promesa de compraventa celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y el Banco Colpatria, Inversiones Colpatria, Constructora Colpatria, y UPAC Colpatria.

REVISION DE CONTRATO / CONTRATO DE COMPRAVENTA / FISCALIA GENERAL DE LA NACION / PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia / NACION - Representación / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades / DELEGACION DE FUNCIONES / CELEBRACION DE CONTRATOS / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (Salvamento de voto)

Según el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución, la representación administrativa de la Nación corresponde al Presidente de la República y excepcionalmente, para los asuntos relacionados con sus funciones, al Registrador Nacional del Estado Civil (art. 266, inc. 2º de la Constitución); además la Fiscalía General, que es parte integrante de la rama judicial, no es una persona jurídica. De donde se deduce claramente que el art. 154, número 2, del Decreto 2699 de 1991, en cuanto atribuye al Fiscal General la facultad para representar a la Nación para celebrar los contratos relativos a la Fiscalía General, es manifiestamente inconstitucional.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO

Radicación número 812.

Ref.: Contrato de compraventa 025 de 1992, celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y las sociedades Compaq Computer de Colombia S.A., e Informática Datapoint de Colombia Ltda.

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

La Fiscalía General no tiene personería jurídica, por lo mismo, no puede contratar. Los motivos en que se funda esta aserción son los siguientes:

1º Según el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución, -que reitera el artículo 120, ordinal 13, de la anterior Constitución-, el Presidente de

la República tiene la facultad de "celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley". Estos contratos son los que celebra el Estado, definido como persona jurídica de derecho público, con el nombre de nación, por el artículo 80 de la Ley 153 de 1887.

2º El artículo 266 de la Constitución prescribe, como excepción al principio expuesto, que el Registrador Nacional del Estado Civil tiene, entre otras funciones, "la de celebrar contratos en nombre de la Nación" en los casos determinados por la ley. Pero *la Constitución no faculta al Fiscal ni a ninguno de los funcionarios o empleados de la misma dependencia para celebrar contratos en representación de la Nación.* Esto se explica porque la Asamblea Constituyente no acogió el proyecto que contemplaba la creación de un establecimiento público, perteneciente a la rama jurisdiccional con personería jurídica y autonomía administrativa, encargado de cumplir o ejecutar todas las actividades necesarias para el funcionamiento de la misma entidad, en ellas incluida la facultad de contratar.

Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución, los contratos que interesen al Consejo Superior de la Judicatura deben celebrarse, *en representación de la Nación, por el Presidente de la República.*

3º Si embargo, el artículo 211 de la Constitución prescribe que "la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine".

De manera que, según la transcrita disposición constitucional, *los funcionarios o empleados de la Dirección Nacional de Administración Judicial sólo podrían suscribir, en representación de la Nación, los contratos que el Presidente de la República les delegue.*

El artículo 154, número 2, del Decreto-ley 2699 de 1991 autoriza al Fiscal General para celebrar contratos a nombre y representación de la Nación.

Pero, por su parte, según el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución, antes transcrito, la representación administrativa de la Nación corresponde al Presidente de la República y excepcionalmente, para los asuntos relacionados con sus funciones, al Registrador Nacional del Servicio Civil (art. 266, inc. 2º, de la Constitución); además, la Fiscalía

General, que es parte integrante de la rama judicial, no es una persona jurídica. De donde se deduce claramente que el artículo 154, número 2, del Decreto 2699 de 1991, en cuanto atribuye al Fiscal General de la facultad para representar a la Nación para celebrar los contratos relativos a la Fiscalía General, es manifiestamente inconstitucional y, de conformidad con el artículo 4º de la Carta Política, que prescribe la excepción de inconstitucionalidad, la Sala no lo debió aplicar.

5º. La Sala, mediante concepto de 11 de mayo de 1989 y providencia de 13 de octubre de 1992, *por unanimidad prohibió el criterio divergente que sustento.* Tanto en la anterior constitución como en la de 1991 -con excepción de la facultad conferida al Registrador Nacional del Estado Civil (art. 266, inc. 2º)- el Presidente de la República, mediante autorización legal, celebra los contratos de la Nación.

En conclusión, considero que el contrato celebrado entre la Fiscalía General y las sociedades Compaq Computer de Colombia S.A. e Informática Datapoint de Colombia Ltda., no podía celebrarse porque la mencionada entidad no tiene personería jurídica y que, en consecuencia, la Sala lo debió declarar no ajustado a la ley.

Fecha, *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

Nota de relatoría: Este salvamento fue el emitido al Dictamen número 812 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el Contrato de Compraventa 025 de 1992, celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y las Sociedades Compaq Computer de Colombia S.A., e Informática Datapoint de Colombia Ltda.

NACION - Representación / MINISTRO / DIRECTOR DE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO / DELEGACION DE FUNCIONES / AUDIENCIA / APODERADO

Corresponde a los Ministros, a los Directores de Departamentos Administrativos o a los subalternos a quienes mediante el estatuto legal orgánico de la respectiva entidad del Estado se le haya conferido tal función, comparecer por derecho propio y personalmente a las audiencias de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio en los procesos ordinarios y abreviados. Pero tales autoridades pueden delegar tal función en un subalterno con categoría superior a jefe de sección. Cuando el apoderado de la entidad estatal sea un abogado particular y el Ministro o el Director de Departamento Administrativo o el funcionario legalmente facultado se encuentre en imposibilidad de comparecer, la delegación se torna de imperiosa ejecución. Pero si el apoderado es un abogado que, a la vez se desempeña como funcionario del Ministerio o Departamento Administrativo y en los actos de apoderamiento y de delegación se le confiere tal función de manera explícita, tal apoderado en quien también se han delegado las funciones correspondientes, podrá comparecer a las audiencias a nombre del Ministerio o del Departamento Administrativo. Como una consecuencia final se tiene entonces que el Presidente de la República no tiene la representación judicial de la Nación. Consecuencialmente no puede ser citado para que comparezca personalmente a las audiencias de que trata el artículo 101 del C. de P.C.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 1º de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 490.

SALA DE CONSULTA

Referencia: Consulta relacionada con la representación a la Nación en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción ordinaria (art. 101 del C. de P. C.).

Se absuelve la consulta que el señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, doctor Fabio Villegas Ramírez, formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

El artículo 101 del Código de Procedimiento Civil prescribe:

"Cuando se trate de procesos ordinarios o abreviados, salvo norma en contrario, luego de contestada la demanda principal y la de reconvención si la hubiere, el juez citará a *demandantes y demandados para que personalmente concurran,* con o sin apoderado, a audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio." (se destaca).

En relación con esta norma podría señalarse que aunque las personas jurídicas no tienen existencia física, las mismas comparecen personalmente al proceso, cuando concurren por intermedio de su representante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior plantea la inquietud de saber quién debe concurrir en nombre de la Nación a las audiencias previstas por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.

Desde este punto de vista, se encuentra, de una parte, que en la Constitución de 1991 no está expresamente consagrada como función del Ministerio Público representar los intereses de la Nación como sucedía en la Carta de 1886. De otra parte la Corte Suprema de Justicia ha señalado que administrativamente el Presidente de la República es el representante constitucional de la Nación (sentencia del 17 de mayo de 1979. H. Magistrado Ponente: Luis Sarmiento Buitrago). Esta regla ha conducido a algunos a sostener que correspondería al Presidente de la República, de manera exclusiva, representar a la Nación en los procesos civiles. Dicha conclusión, sin embargo, aparentemente pasa por alto que de conformidad con el artículo 208 de la Constitución los ministros y directores de departamento administrativo son jefes de la administración en su respectiva dependencia, y por ello representantes administrativos de la misma, para efectos de lo dispuesto por el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil[1]. Además, estos funcionarios podrían delegar su función en desarrollo del artículo 21 del Decreto 1050 de 1968.

En desarrollo del artículo 64 del Código de Procedimiento Civil el Presidente de la República ha constituido apoderados en procesos en que es parte la Nación.

Ahora bien, en los procesos en que es parte la Nación y en los cuales el Presidente ha constituido apoderados, ha surgido la duda de si él mismo debe concurrir personalmente a la audiencia a que se refiere el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. La misma inquietud podría plantearse en relación con todos los procesos en los cuales es parte la Nación.

A este respecto y sin señalar los inconvenientes prácticos que podría plantear la necesidad de que el Presidente concurra personalmente a los numerosos procesos en que es parte la Nación, conviene precisar los siguientes aspectos que plantean serias dudas sobre la posibilidad de que el Presidente pueda estar obligado a comparecer personalmente en un proceso civil:

1. El artículo 64 del Código de Procedimiento Civil dispone: 'La Nación y las demás entidades de derecho público podrán constituir apoderados especiales para los procesos en que sean parte, siempre que sus representantes administrativos lo consideren convenientes por razón de la distancia, importancia del negocio u otras circunstancias análogas'.

El Presidente de la República, como cabeza de la rama ejecutiva del poder público, goza de un fuero especial frente a la rama judicial. En tal sentido a nivel constitucional se prevé que corresponde al Senado de la República conocer de las acusaciones contra el Presidente. A nivel legal, el artículo 222 del Código de Procedimiento Civil establece que el Presidente de la República declara por medio de certificación jurada. Esta última norma indica que el Presidente de la República no puede ser obligado a comparecer ante un Juez de la República.

A lo anterior es pertinente agregar que de acuerdo con el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil durante la audiencia, el juez puede "interrogar bajo juramento a las partes". Esta facultad es incompatible con las normas que prevén que el Presidente rinde declaración por medio de certificación jurada.

De la misma manera, de acuerdo con el artículo 101 del Código, durante la audiencia las partes no pueden retirarse. Esta regla implica

que el Presidente de la República queda subordinado en su capacidad de actuar a lo que sobre el particular disponga un Juez de la República, desconociendo así principios fundamentales en materia de autonomía en el funcionamiento de las ramas del poder público.

De esta manera, sostener que existe la obligación del Presidente de la República de comparecer personalmente ante un Juez Civil en una audiencia podría afectar una serie de principios que están dirigidos a asegurar la autonomía de las ramas del poder público.

De otra parte, si se toma en cuenta la finalidad del artículo 101 se encuentra que el mismo no implica la presencia personal del Presidente, pues aparentemente sería suficiente que compareciera a dicha audiencia una persona que pudiera comprometer a la Nación como su representante.

Partiendo de los conceptos que se dejan expuestos, comedidamente solicito al Honorable Consejo absolver los siguiente interrogantes:

1. De conformidad con las normas constitucionales y legales ¿podrían los Ministros o Directores de Departamento Administrativo, o los funcionarios en quienes éstos deleguen, constituir apoderados para que representen a la Nación en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción ordinaria?

2. ¿Quién debe comparecer a nombre de la Nación en las audiencias que se celebren ante la jurisdicción ordinaria en desarrollo del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil? En este punto comedidamente solicito precisar lo siguiente: ¿debe comparecer el Presidente de la República, dicha función corresponde al Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, o puede simplemente comparecer el apoderado de la Nación? En el evento en que deba comparecer el Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo podrían estos últimos delegar dicha función en un empleo de la respectiva entidad en desarrollo del artículo 21 del Decreto 1050 de 1968?

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El artículo 80 de la Ley 153 de 1887, reconoce a la Nación como persona jurídica. Esto equivale a decir que la Nación es un sujeto capaz de ejercer ciertos derechos, de contraer determinadas obligaciones y de ser representado judicial y extrajudicialmente (art. 663 C.C.).

La representación administrativa de la Nación corresponde al Presidente de la República por mandato de la Constitución Política. Ello se colige de varias normas incluidas en la Carta, entre otras, el artículo 189, en el que se enumeran sus funciones como Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa; pero específicamente, la enunciada en el numeral 23 consistente en "celebrar los contratos que correspondan conforme a la ley".

También al Presidente de la República le compete ejercer la representación del Estado colombiano, en su carácter de Jefe del mismo que le otorga igualmente la norma precitada.

Pero la representación judicial de la Nación está atribuida por la ley a otras autoridades, tales como los Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos.

En la legislación anterior a la Constitución de 1991 se asignaba la "defensa de los intereses" de la Nación al Ministerio Público. Así lo preveía el artículo 143 de la Carta de 1886, según el cual correspondía "a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación".

Esto vino a ser corroborado por leyes posteriores, particularmente la 4ª de 1990, la que en el literal a) de su artículo 2º, consideraba como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de "defender los bienes e intereses de la Nación".

Esta función fue modificada por la Constitución de 1991. En efecto, según la Carta vigente, la Procuraduría General de la Nación es un organismo autónomo (art. 113), a cuyos agentes les corresponde el ejercicio del Ministerio Público, particularmente ante las autoridades jurisdiccionales (art. 118). Por su parte, el numeral 7 del artículo 277 de la misma agrega: "El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

"7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, *cuando sea necesario,* (destaca la Sala) en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías individuales". Esto se complementa con el último inciso del artículo 277 de la Carta cuando se dispone que "para el cumplimiento de sus funciones" la Procuraduría tiene entre otras atribuciones la de interponer las acciones que considere necesarias; a lo que debe proceder en su carácter de organismo autónomo (art. 113) y no bajo la "suprema autoridad del

Gobierno" como se disponía en el artículo 142 de la Constitución derogada.

Ello no excluye que en ciertos casos la Procuraduría asuma en un determinado proceso y en su carácter de organismo autónomo, la defensa de los intereses de la Nación o adopte una posición distinta, pero ya esta función, no tiene como objetivo fundamental y exclusiva "defender los intereses de la Nación", sino genéricamente la "defensa del orden jurídico", del patrimonio público o de los derechos y garantías individuales, *cuando sea necesario* (destaca la Sala).

Pero los intereses de la Nación, en el caso de que la Procuraduría no asuma su defensa, tienen que ser precautelados; y esa función le corresponde, hoy en día, primordialmente al Gobierno Nacional a través de sus agentes idóneos en cabeza de los cuales se halla el Presidente de la República, quien con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo correspondiente constituyen el Gobierno (art. 115 de la Carta).

Los actos que ejecute el Presidente, como suprema autoridad administrativa, no tienen valor ni fuerza alguna mientras no sean suscritos y comunicados por el respectivo Ministro (*ibidem*).

Pero según el artículo 208 de la Carta los Ministros y los Directores de Departamento son jefes de la administración, en sus respectivas dependencias.

En ejercicio de dicha función, el Ministro tiene que proveer lo necesario para la defensa de los intereses de la Nación; específicamente cuando ésta llegue a ser parte, como demandante o como demandada, en procesos que se tramiten ante la jurisdicción ordinaria.

La normatividad legal existente, al entrar a regir la Constitución de 1991, permanece vigente mientras no se halle en contradicción con las normas de la nueva Carta o se le modifique o derogue por leyes posteriores.

Por esta razón, el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil se halla en plena vigencia cuando dispone que "la Nación y demás entidades de derecho público podrán constituir apoderados especiales para los procesos en que sean parte, siempre que sus representantes administrativos lo consideren conveniente por razón de la distancia, importancia del negocio u otras circunstancias".

"Constituirán apoderado especial, el representante de la entidad que no sea abogado, salvo el caso del personero municipal, y aquel que debe representar a otra entidad con intereses opuestos."

Esta disposición guarda armonía con el artículo 149 del C.C.A., según el cual las entidades públicas pueden obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos por medio de sus representantes, debidamente acreditados. El artículo 30 del Decreto 2304 de 1989, que se relaciona con el 64 del C. de P. C., establece que "las entidades públicas deberán estar representadas mediante abogado titulado e inscrito en los procesos en que intervengan como demandantes, demandadas o terceros".

"Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contencioso administrativos mediante poder otorgado en forma ordinaria o manifestación expresa en el momento de la notificación personal."

"A su vez, este artículo armoniza con el 150 del C.C.A., según el cual en los procesos adelantados contra las entidades públicas, el auto admisorio de la demanda se notificará personalmente a sus representantes legales o a quienes éstos *hayan delegado* (destaca la sala) la facultad de recibir notificaciones...".

De las normas citadas se colige que las entidades públicas, particularmente la Nación, pueden constituir apoderados en los asuntos de carácter judicial que se adelanten ante la justicia ordinaria.

Para el ejercicio de esta función deberán ceñirse a lo establecido en los diversos estatutos legales que desarrollan la estructura y funcionamiento de los diversos organismos del Estado y en cada caso particular al del Ministerio o Departamento Administrativo respectivo; al concretar el acto de apoderamiento deberá tenerse especial cuidado en la persona facultada para otorgar el poder cuando ello no se atribuya al propio Ministro y en cuanto al ámbito del mismo que no podrá exceder limitaciones legales.

Por otra parte, el artículo 211 de la Constitución, autoriza la delegación de funciones por autoridades administrativas en subalternos, de acuerdo con la ley.

En un mismo orden de ideas el artículo 21 del Decreto 1050 de 1968 dispone que "Los ministros y los jefes de departamentos administrativos podrán delegar en sus subalternos, hasta el nivel de jefe de sección, las

funciones que les están señaladas por la ley, salvo disposición en contrario; y podrán revocar en cualquier momento la delegación y los actos que con base en ella se expidan". Es clara entonces según la normatividad existente, que los Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos pueden delegar funciones en subalternos de especial nivel administrativo, de acuerdo con la ley.

Pero "Los ministros y los jefes de departamentos administrativos no podrán subdelegar las funciones que les han sido delegadas por el Presidente de la República (art. 2º *ibidem)*.

Pero esta función de delegación prevista de manera general, por el artículo 21 del Decreto 1050 de 1968 en cabeza de los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, deberá ejercerse, en lo particular y en cada organismo del Estado, atendiendo lo que se disponga en los estatutos legales que contemplen su estructura y determinación de funciones.

Entonces, en un mismo orden de ideas, lo dispuesto por el Decreto 1050 de 1968 sólo se aplicará cuando en los estatutos legales de cada Ministerio o Departamento Administrativo no se disponga otra cosa.

Así, por vía de ejemplo, en el numeral 5 del artículo 5º del Decreto 2126 de 1992 sobre reestructuración del Ministerio de Relaciones Exteriores se asigna a la Oficina Jurídica "Atender por delegación o poder otorgado por el Ministro, todos los procesos que se relacionen con el Ministerio, especialmente los que se ventilen ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

Y en el numeral 2 del artículo 13 del Decreto 2157 de 1992, por el cual se reestructura el Ministerio de Justicia, se asignan a la Oficina Jurídica, además de las funciones que le concede el artículo 17 del Decreto 1050 de 1968 la de "Conocer de las demandas contra el Ministerio en aquellos asuntos no asignados a la Oficina de Control Interno".

Pero el artículo 101 del C. de P.C., impone al juez la obligación de citar a demandantes y demandados para que "personalmente" concurran, *con o sin apoderados* a audiencias de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación de litigio, cuando se trate de procesos ordinarios y abreviados, una vez contestada la demanda principal y la de reconvención, salvo norma en contrario.

La anterior disposición no debe ser entendida aisladamente sino como integrante del contexto de las normas jurídicas ya citadas.

Efectivamente, el artículo 101 del C. de P.C., no desvirtúa lo ya afirmado en el sentido de que las entidades del Estado, Ministerios y Departamentos Administrativos pueden comparecer en juicio debidamente representados por sus apoderados legalmente constituidos. Antes, por el contrario, la norma corrobora lo dispuesto por el artículo 64 del C. de P.C., que guarda estrecha armonía con el artículo 151 del Código Contencioso Administrativo.

El artículo 101 prevé, además, la comparecencia personal de los demandantes y de los demandados, con o sin sus apoderados a las audiencias de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, en los procesos abreviados y ordinarios. Y como las personas jurídicas actúan, en todo proceso, valiéndose de sus representantes legales, tal como lo dispone el inciso 2º, del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, se impone como conclusión que éstos tienen que comparecer en persona y en nombre de las entidades que representan a tales audiencias.

Este tratamiento tendría una aplicación semejante para el caso de que se hallen de por medio los intereses de la Nación en cuya defensa tendrían que intervenir los Ministros del Despacho, los Directores de Departamentos Administrativos o el subalterno a quien se le asigne tal función en los estatutos legales de la respectiva dependencia estatal, mediante su comparecencia personal a las audiencias de que trata el artículo 101 del C. de P.C.

Pero, por otra parte, en el caso de cuyo estudio se ocupa la Sala y por la razón de que los objetivos que persiguen las personas jurídicas de derecho público difieren de las de derecho privado, se ha previsto la *institución de la delegación*, según las disposiciones constitucionales y legales ya analizadas.

Previas las consideraciones que se han formulado, se procede a dar respuesta a la consulta en los siguientes términos:

1. De conformidad a las normas constitucionales y legales vigentes los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos y los subalternos a quienes los estatutos legales correspondientes a tales dependencias les confieran concretamente esa facultad pueden constituir apoderados para que representen a la Nación, en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción ordinaria.

Pero la función de constituir apoderados, no es subdelegable.

Los apoderados pueden ser abogados particulares o empleados del Ministerio. Cuando se trate de audiencias, *con comparecencia personal* en los procesos abreviados u ordinarios y el apoderado del Ministerio sea un abogado particular, éste tendrá que comparecer a la audiencia acompañado del Ministro, del Director de Departamento Administrativo o del funcionario facultado para ello en el estatuto legal respectivo; o, en su defecto, del funcionario subalterno que ha sido objeto de delegación, y quien no puede tener categoría inferior a la de jefe de sección.

Otra es la situación cuando quien actúa como apoderado del Ministerio o del Departamento Administrativo es un funcionario subalterno, profesional del derecho, con cargo superior a jefe de sección. En tal caso el apoderado podrá comparecer a las audiencias como representante de la Nación y en defensa de sus intereses, y sin presencia del Ministro o Director de Departamento Administrativo respectivo pero siempre y cuando que además, del acto o actos mediante los cuales se le confirió el poder, exista el de la delegación de funciones.

2. Esta segunda respuesta es en realidad un corolario de la anterior. En efecto, y según lo ya afirmado, corresponde a los Ministros, a los Directores de Departamentos Administrativos o a los subalternos a quienes mediante el estatuto legal orgánico de la respectiva entidad del Estado se le haya conferido tal función, comparecer por derecho propio y personalmente a las audiencias de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio en los procesos ordinarios y abreviados. Pero tales autoridades pueden delegar tal función en un subalterno con categoría superior a jefe de sección. Cuando el apoderado de la entidad estatal sea un abogado particular y el Ministro o Director de Departamento Administrativo o el funcionario legalmente facultado se encuentre en imposibilidad de comparecer, la delegación se torna de imperiosa ejecución.

Pero si el apoderado es un abogado que, a la vez se desempeña como funcionario del Ministerio o Departamento Administrativo y en los actos de apoderamiento y de delegación se le confiere tal función de manera explícita, tal apoderado en quien también se han delegado las funciones correspondientes, podrá comparecer a las audiencias a nombre del Ministerio o del Departamento Administrativo.

Como una consecuencia final, se tiene entonces que el Presidente de la República no tiene la representación judicial de la Nación.

Consecuencialmente no puede ser citado para que *comparezca personalmente* a las audiencias de que trata el artículo 101 del C. de P.C.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 5 de febrero de 1993, con oficio número 770.

REVISION DE CONTRATO / CONTRATO DE COMPRAVENTA / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites / DECRETO REGLAMENTARIO - Efectos / CAMARA DE REPRESENTANTES - Funciones / NACION - Representación / ORDENADOR DEL GASTO

La expedición de un decreto reglamentario por parte del Presidente de la República, no tiene la virtualidad de cambiar el sentido de las leyes que reglamenta, ni producir efectos jurídicos que están reservados al constituyente o al legislador. Como tampoco alcanza a tener incidencia para que sea modificado un dictamen que con fundamento en apreciaciones de naturaleza constitucional y legal, profirió una de las Salas del Consejo de Estado. Se reitera entonces que ni a nombre de la Nación (como se procede en el contrato de fecha 14 de julio de 1992), ni directamente a nombre propio (como se hace en el nuevo contrato), la Cámara de Representantes dispone de potestad contractual, sino únicamente de ordenación del gasto.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Santafé de Bogotá, D.C., 4 de febrero de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 777.

Ref.: Contrato de compraventa No. 086-92 celebrado entre la Cámara de Representantes y Colinversiones S.A.

Mediante oficio de fecha 12 de enero de 1993, el Presidente de la Cámara de Representantes, doctor César Pérez García, remitió nuevamente a la Sala el contrato de la referencia, esta vez con observancia de "las exigencias del Decreto 2004 de diciembre 14 de 1992" y con la finalidad de que sea sometido a revisión.

El contrato y, fundamentalmente, la potestad que para celebrar contratos tiene la Cámara de Representantes, ha sido objeto de análisis por los integrantes de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en sesión de la fecha.

Con estricto acatamiento a lo allí resuelto, se elabora la presente providencia.

CONSIDERACIONES:

Mediante dictamen de fecha 13 de octubre de 1992 y por las razones de orden constitucional y legal allí expuestas, esta Sala declaró no ajustado a la ley el contrato del epígrafe.

Con posterioridad, el Presidente de la República expidió el Decreto 2004 de 14 de diciembre de 1992, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 189 numeral 21 de la Constitución política y con el fin de modificar parcialmente el Decreto 870 de 1989. Este último Decreto es reglamentario del artículo 91 de la Ley 38 de 1989 en cuanto confiere al Congreso Nacional la ordenación del gasto, facultad que ejercerán por separado las mesas directivas de cada Cámara.

El nuevo decreto, parcialmente modificatorio del Decreto 870 de 1989, es, por consiguiente, un Decreto Reglamentario.

Existe unidad jurisprudencial en lo atinente a conferir a los decretos de tal naturaleza, únicamente la capacidad de reglamentación para la cumplida ejecución de las leyes. Sin que puedan ir más allá de éstas, ni variarlas o modificarlas, ni tampoco interpretarlas. En síntesis, deben estos decretos al conformar la clasificación de voluntad del ejercicio de una función reglamentaria, respetar íntegramente el espíritu y la letra de la ley objeto de reglamentación.

Porque la interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de manera general, sólo corresponde al legislador (C. C., art. 25) y es claro además, que las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas (*ibidem*, art. 14).

De tal manera que la expedición de un decreto reglamentario por parte del Presidente de la República, no tiene la virtualidad de cambiar el sentido de las leyes que reglamenta, ni producir efectos jurídicos que están reservados al constituyente o al legislador. Como tampoco alcanza a tener incidencia para que sea modificado un dictamen que con funda-

mento en apreciaciones de naturaleza constitucional y legal, profirió una de las Salas del Consejo de Estado.

Se reitera, entonces, que ni a nombre de la Nación (como se procede en el contrato de fecha 14 de julio de 1992), ni directamente a nombre propio (como se hace en el nuevo contrato), la Cámara de Representantes dispone de potestad contractual, sino únicamente de ordenación del gasto.

Por consiguiente, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, declara no ajustada a la ley el contrato número 095-92 (sin fecha), suscrito entre la Cámara de Representantes y Colinversiones S.A., para la compra de una estación central de proceso.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

REVISION DE CONTRATO / CONTRATO DE SUMINISTRO / OBLIGACION HIPOTECARIA - Improcedencia / OBLIGACION CONDICIONAL

La cláusula primera contiene una estipulación eventual o hipotética, en relación con la obligación del contratista de suministrar repuestos que no se encuentran en la lista de precios presentada como oferta, consistente en que se conviene que, si es necesario se harán los otros suministros. De este modo, respecto de estos bienes, como no hay acuerdo de voluntades, tampoco hay contrato. Las obligaciones contractuales, en principio, pueden ser condicionales pero no hipotéticas.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 15 de 1993.

Consejero ponente: Dr. *Humberto Mora Osejo.*

Radicación número 818.

Ref.: Contrato de suministro de bienes muebles número 96/92, celebrado entre el Fondo Nacional Hospitalario y la sociedad industrial Philips de Colombia S.A.

Estudiado el contrato objeto de revisión, la Sala observa que la cláusula primera del mismo contiene una estipulación eventual o hipotética, en relación con la obligación del contratista de suministrar repuestos que no se encuentran en la lista de precios presentada como oferta, consistente en que se conviene que, si es necesario, se harán los otros suministros. De este modo, respecto de estos bienes, como no hay acuerdo de voluntades, tampoco hay contrato. Las obligaciones contractuales, en principio, pueden ser condicionales pero no hipotéticas.

La Sala considera que la mencionada cláusula primera del contrato que se revisa debe determinar con claridad los bienes que serán suministrados por el contratista y el valor unitario de cada uno de ellos. Nada más.

SALA DE CONSULTA

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se abstiene de declarar ajustado a la ley el contrato y ordena devolverlo a la oficina de origen para que hagan las enmiendas pertinentes.

Cúmplase.

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

Elizabeth Castro R., Secretaria.

IMPUESTO AL CINE / RENTAS DE DESTINACION ESPECIAL / RENTAS CAUSADAS - Cobro / FOCINE - Facultades / CONSTITUCION POLITICA - Vigencia / DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES / PRESUPUESTO NACIONAL

Las rentas provenientes del gravamen sobre el valor de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, a que se refiere el artículo 15 de la Ley 55 de 1985 (gravamen suprimido por el art. 62 de la Ley 49 de 1990), tuvieron siempre el carácter de rentas de destinación especial, administradas por Focine. Por consiguiente, las rentas causadas y no pagadas deben ser cobradas por el liquidador de la Compañía de Fomento Cinematográfico, Focine, en liquidación, como crédito a favor de esta sociedad y en ejercicio de las funciones que a los liquidadores confiere el numeral 3º del artículo 238 del C. de Co. Del mismo modo debe procederse para el cobro del impuesto al cine a que se refieren los artículos 62 a 66 de la Ley 49 de 1990, causadas hasta la fecha en que entró a regir la nueva Constitución y cuyo producto no fue recaudado por Focine. Las rentas provenientes del impuesto al cine, a partir de la vigencia el 7 de julio de 1991 de la Constitución Política, por prestación de ésta (art. 359) perdieron el carácter de rentas de destinación especial específica, para ingresar como monto global al presupuesto de la Nación. Por tanto, el producto de tal impuesto debe ser recaudado, desde tal fecha, por la Dirección de Impuestos Nacionales (hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales), de conformidad con el procedimiento previsto en la ley y últimamente en el Decreto 2117 de 1992.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 17 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Javier Henao Hidrón.*

SALA DE CONSULTA

Ref.: Competencia para el cobro de las deudas pendientes por el impuesto al cine.

Radicación número 488.

El Ministro de Comunicaciones, doctor William Jaramillo Gómez, en la consulta que formula a la Sala expresa textualmente:

> Con base en el ordinal tercero del artículo 237 de la Constitución Nacional, y el Decreto 01 de 1984, me permito formular ante esa honorable corporación la consulta que plantea la Compañía de Fomento Cinematográfico, Focine, Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada a este ministerio, consignada en los siguientes términos:
>
> Primero. La Constitución Nacional, en su artículo 359, abolió las rentas nacionales de destinación específica.
>
> Segundo. En los términos del artículo 15 de la Ley 55 de 1985, que creó el impuesto al cine, "para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana, créase un gravamen del dieciséis por ciento (16%) del valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, el cual se cobrará a partir de la vigencia de la presente ley".
>
> Tercero. Al desaparecer el impuesto al cine como renta de destinación específica, pasó a ser renta nacional.
>
> Cuarto. El artículo 111 de la Ley 06 de 1992 dice: "Asígnense a la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos Nacionales, las funciones contempladas en el literal "A" del artículo 71 del Decreto 1642 de 1991, únicamente en lo que respecta a tributos nacionales, cuando no exista competencia especial, diferentes de los administrados por la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Aduanas Nacionales".
>
> Quinto. A su vez, el artículo 112 de la norma antes citada, dispone: "De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional, tales como ministerios, departamentos administrativos, organismos adscritos y vinculados. La Contraloría General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer

efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación..."

Con base en los anteriores planteamientos, se consulta a esa Honorable Sala:

Ante la aparente falta de armonía entre los artículos 111 y 112 de la Ley 6ª de 1992, y en el caso específico de Focine, ¿quién, la Dirección Nacional de Impuestos o Focine, tiene la competencia para cobrar las deudas pendientes por el desaparecido impuesto al cine, y, en consecuencia, puede realizar las ejecuciones correspondientes?

LA SALA CONSIDERA:

1. *Origen de Focine.* El Gobierno Nacional, en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las conferidas por el artículo 29 del Decreto-ley 1950 de 1968 y el artículo 21 del Decreto-ley 130 de 1976, mediante el Decreto 1244 de 1978 autorizó la constitución de la sociedad entre entidades públicas denominada Compañía de Fomento Cinematográfico, Focine, con la participación del Instituto Nacional de Radio y Televisión, de la Corporación Financiera Popular y de la Compañía de Informaciones Audiovisuales. Dicha sociedad se organizó mediante la Escritura pública número 4189 de 1978, otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá.

Con fundamento en lo dispuesto en los decretos con fuerza de ley números 130 de 1976 y 1244 de 1978 y en los estatutos de la sociedad, Focine se sometió al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Comunicaciones.

2. *Objetivos de Focine.* Los objetivos de la Compañía de Fomento Cinematográfico, Focine, han consistido, principalmente, en la ejecución de las políticas que sobre la industria cinematográfica fije el Ministerio de Comunicaciones; en el recaudo administrativo e inversión de los recursos destinados al Fondo Cinematográfico; y en la financiación a empresas cinematográficas colombianas para la adquisición de materiales, equipos y para la realización de producciones de largometraje.

3. *Impuesto al cine.* El Congreso de la República creó un gravamen del dieciséis por ciento (16%) del valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, para "el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana". (Ley 55 de 1985, art. 15).

De ese porcentaje, el ocho y medio puntos (8.5) debía ingresar a una cuenta especial denominada Fondo de Fomento Cinematográfico, administrada por Focine; y los siete y medio puntos (7.5) restantes, se destinaron al productor, al distribuidor y al exhibidor de cortometrajes nacionales en la proporción y condiciones que determinara el Gobierno.

La ley mencionada estableció también que "cuando las salas de exhibición cinematográfica presenten largometrajes colombianos, el gravamen se causará en su totalidad en beneficio del productor de los mismos".

El impuesto en referencia fue suprimido por la Ley 49 de 1990, según el siguiente precepto:

> Artículo 62. *Eliminación del impuesto de la Ley 55 de 1985.* A partir del 1º de enero de 1991, elimínase el gravamen a que se refiere el artículo 15 de la Ley 55 de 1985.

Pero el legislador, a su turno, decidió crear el impuesto que con más propiedad se denomina "al cine". En la misma ley, en el artículo inmediatamente siguiente, dispuso:

> Artículo 63. *Impuesto al cine.* A partir del 1º de enero de 1991, el servicio de exhibición cinematográfica con fines comerciales se gravará con una tarifa del 12%.

De tal manera que, con el propósito de hacer menos viable la evasión fiscal, el legislador decidió simultáneamente la eliminación del gravamen sobre el valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, y su reemplazo por un impuesto del 12 % al servicio de exhibición cinematográfica, pero siempre con destinación específica para el Fondo de Fomento Cinematográfico que administra Focine (*ibidem*, art. 65). La base gravable para liquidar el impuesto al cine, según la misma ley, será el valor del derecho de ingreso a la exhibición, deduciendo lo pagado por concepto de los impuestos de fomento al deporte de que trata la Ley 30 de 1971, de espectáculos públicos de que trata la Ley 33 de 1968, y con destino al fondo de pobres de que trata la Ley 97 de 1913, y con la aclaración consistente en que "dentro del valor al público de la boleta, se presume incluido el impuesto".

4. *Rentas de destinación específica.* El llamado por el consultante impuesto al cine, por expresa disposición del artículo 6º de la Ley 55 de 1985 ostentó para todos los efectos a que hubiere lugar, el carácter de renta

de destinación especial. Lo mismo ocurrió con el impuesto que la ley denomina "al cine", en virtud del mandato contenido en el artículo 65 de la Ley 49 de 1990.

Sin embargo, la Constitución Política de 1991, en su artículo 359 consagró el siguiente principio presupuestal de carácter prohibitivo:

No habrá rentas nacionales de destinación específica.

El mandato constitucional determina tres excepciones relativas a las participaciones previstas en favor de los departamentos, distritos y municipios; a las rentas destinadas a inversión social, y a las rentas que con fundamento en leyes anteriores, la Nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías (hoy convertidas en departamentos).

De tal manera que las rentas provenientes del impuesto al cine (en su segunda modalidad, que es la vigente a partir del 1º de enero de 1991), no están incluidas en las excepciones mencionadas y, por ende, no pueden tener una destinación especial o específica. Lo cual implica que deben entrar a formar parte de las rentas nacionales, globalmente consideradas, para ser destinadas a la financiación de los gastos determinados en el Presupuesto de la Nación.

5. *Administración del impuesto al cine con la nueva Constitución.* Como consecuencia de la promulgación y vigencia, el 7 de julio de 1991, de la nueva ley fundamental del Estado colombiano, dispuso el Decreto 1643 de dicho año (julio 27) que a la Dirección de Impuestos Nacionales competente la administración, entre otros, del impuesto al cine (*ibidem*, art. 2º). Ello obedeció a que este gravamen, al no tener destinación especial conforme al artículo 359 de la Constitución, debía recibir el tratamiento de impuesto nacional.

Por su parte, la Ley 6ª de 1992, conocida con el nombre de Reforma Tributaria, asignó a la Dirección de Impuestos Nacionales las funciones de planear, programar, dirigir, coordinar, ejecutar y controlar la fiscalización y cobro de los tributos nacionales, cuando no exista competencia especial y sean diferentes de los administrados por la Dirección de Aduanas Nacionales (*ibidem*, art. 111). En el inmediatamente siguiente (art. 112), esta ley reiteró para las entidades públicas del orden nacional (ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, Contraloría General de la República, Registraduría Nacional del Estado Civil...), la titularidad de

la jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación, ya contemplada en el Código Contencioso Administrativo (art. 79 en concordancia con el 68).

6. *Fusión de la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales.* La Dirección de Impuestos Nacionales fue fusionada con la Dirección de Aduanas Nacionales, por el Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las atribuciones que le otorgara el artículo transitorio 20 de la Constitución para dar nacimiento a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. A esta nueva unidad administrativa especial corresponde la administración de los impuestos de renta y complementarios, de timbre nacional y sobre las ventas; los derechos de aduana y "los demás impuestos del orden nacional cuya competencia no esté asignada a otras entidades del Estado..." (*ibidem,* art. 3º).

7. *Procesos de cobro coactivo.* Hoy en día es competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por intermedio de la Subdirección de Cobranzas y conforme a las políticas e instrucciones del Director y el Subdirector General:

> Adelantar los procesos de cobro coactivo de acuerdo con el artículo 824 del Estatuto Tributario... (Dec. 2117 de 1992, art. 66, literal j).

8. *Disolución y liquidación de Focine.* El Decreto 2125 de 29 de diciembre de 1992, suprimió la Compañía de Fomento Cinematográfico, Focine, con fundamento en las atribuciones conferidas al Gobierno por el artículo transitorio 20 de la Constitución. De este modo, dispuso que los representantes de las entidades públicas del orden nacional cuyos aportes integran en su totalidad el capital, "se reunirán en Junta de Socios y decretarán la disolución anticipada de dicha sociedad", la cual a partir de ese momento entrará en proceso de liquidación, el que deberá concluir "a más tardar el 31 de julio de 1993" (*ibidem*, art. 2º). Dicha liquidación deberá adelantarse de conformidad con las disposiciones vigentes sobre la materia, entre ellas las pertinentes del Código de Comercio.

LA SALA RESPONDE:

1º Las rentas provenientes del gravamen sobre el valor de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, a que se refiere el artículo 15 de la Ley 55 de 1985 (gravamen suprimido por el art. 62 de la Ley 49 de 1990), tuvieron siempre el carácter de rentas de destinación especial, administradas por Focine. Por consiguiente, las rentas causadas

y no pagadas deben ser cobradas por el liquidador de la Compañía de Fomento Cinematográfico, Focine, en liquidación, como crédito a favor de esta sociedad y en ejercicio de las funciones que a los liquidadores confiere el numeral 3º del artículo 238 del Código de Comercio.

Del mismo modo debe procederse para el cobro del impuesto al cine, a que se refieren los artículos 62 a 66 de la Ley 49 de 1990, causado hasta la fecha en que entró a regir la nueva Constitución y cuyo producto no fue recaudado por Focine.

2º Las rentas provenientes del impuesto al cine, a partir de la vigencia el 7 de julio de 1991 de la Constitución Política, por prescripción de ésta (art. 359) perdieron el carácter de rentas y destinación especial o específica, para ingresar como monto global al Presupuesto de la Nación. Por tanto, el producto de tal impuesto deber ser recaudado, desde tal fecha, por la Dirección de Impuestos Nacionales (hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales), de conformidad con el procedimiento previsto en la ley últimamente en el Decreto 2117 de 1992.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

IMPUESTO SOBRE LA PROPIEDAD INMUEBLE - Vigencia / IMPUESTO SOBRE LA PROPIEDAD INMUEBLE / DESTINACION / CAR / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

El artículo 317 de la Constitución, que tiene por objeto hacer que la propiedad inmueble sólo pueda ser gravada por los municipios, hizo la excepción de los porcentajes que sobre los impuestos municipales a la propiedad inmueble la ley puede establecer, en cuantía "que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes", con destino a las entidades que, como la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, están encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables. De este modo la Constitución se propone mantener, no obstante que dispone que la propiedad inmueble sólo puede ser gravada por los municipios, el impuesto nacional vigente con destino, sobre todo, a las corporaciones autónomas regionales, por estar "encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables", de manera que como el "impuesto nacional sobre la propiedad inmueble", creado por el artículo 24 de la Ley 3ª de 1961 y modificado en la forma indicada por los artículos 4º de la Ley 62 de 1983 y 11 de la Ley 44 de 1990, no se contrapone -sino que armoniza- con el artículo 317 de la Constitución, no fue subrogado por ésta y, en consecuencia, subsiste mientras no sea modificado o derogado por la ley.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Humberto Mora Osejo.*

Radicación número 493.

Ref.: Consulta sobre vigencia de los impuestos sobre la propiedad inmueble (art. 317 de la C. P.).

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 98 del Decreto 01 de 1984, se procede a formular la siguiente consulta, previas las consideraciones que se señalan a continuación:

1. Las Corporaciones Autónomas Regionales han venido desarrollando como principal función el manejo y conservación de los recursos naturales y del ambiente.

2. De conformidad con lo dispuesto en la ley, algunas de las Corporaciones Autónomas Regionales poseen como fuente de ingresos, en algunas la principal, un impuesto sobre la propiedad inmueble que se cobra como sobretasa conjuntamente con el impuesto predial.

3. En el caso de la CAR que fue creada como establecimiento público descentralizado del orden nacional por la Ley 3ª de 1961 y modificado su nombre por la Ley 62 de 1983 como *Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez*, CAR. El artículo 24 de la Ley 3ª creó un impuesto nacional sobre las propiedades inmuebles situadas dentro del territorio de la jurisdicción de la CAR, equivalente al dos mil por mil sobre el monto de los avalúos catastrales; el artículo 4º de la Ley 62 de 1983 adicionó la Ley 3ª de 1961 en varios artículos, de los cuales mediante el 46 se dispuso aumentar la tarifa del impuesto al dos y medio por mil.

El destino del impuesto se asignó por la ley a la CAR (art. 25).

Los artículos 26 y 27 *ibidem* señalan que el impuesto será recaudado manteniéndolo en cuenta separada y entregado por los Tesoreros Distrital y Municipales a la Corporación y fijan en estos últimos la obligación de cobrarlo y recaudarlo en forma conjunta e inseparable con el impuesto predial, señalando que el no pago oportuno del impuesto creado por el artículo 24 causará a favor de la Corporación intereses moratorios a la tasa del uno por ciento (1%) mensual o por fracción de mes.

El artículo 29 señala que los Tesoreros Distrital y Municipales se abstendrán de expedir certificados de paz y salvo por mora de pagar el impuesto CAR.

La Ley 44 de 1990 "por la cual se dictan normas sobre catastro e impuestos a la propiedad raíz, se dictan otras disposiciones de carácter tributario y se conceden unas facultades extraordinarias", en su artículo 11 ratificó lo señalado en los artículos 26 y 27 de la Ley 3ª de 1961, pero modificó a pagos mensuales la periodicidad de la entrega y estableció un límite en el monto de los recaudos.

4. La Constitución de 1991 le otorgó especial importancia a los recursos naturales, al medio ambiente y reconoce la existencia de las Corporaciones Autónomas Regionales (art. 150 num. 7).

5. La Constitución de 1991 estipuló en su artículo 317 lo siguiente: "Gravámenes sobre inmuebles. Valorización. Sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Lo anterior no obsta para que otras entidades impongan contribución de valorización. La ley destinará un porcentaje de estos tributos, que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes, a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción.

6. Según el inciso 2º del artículo 317 de la Constitución Política, transcrito, la ley efectuará la respectiva reglamentación sobre el gravamen a favor de las corporaciones que no podrán exceder el promedio de las "sobretasas *existentes*" (se destacó).

7. La Constitución no estableció norma expresa de derogatoria de leyes anteriores y no pretende ocasionar vacíos jurídicos.

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, se consulta:

- ¿Los ingresos que han venido percibiendo las Corporaciones Autónomas Regionales a que se refiere el inciso 2º del artículo 317 de la Constitución Política como "sobretasas" y especialmente el impuesto creado por el artículo 24 de la Ley 3ª de 1961 continúan vigentes hasta la reglamentación del artículo 317 de la Constitución Política?".

LA SALA CONSIDERA:

1º El artículo 1º de la Ley 3ª de 1961 creó la "Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá, y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá como un establecimiento público descentralizado, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, que funcionará empleando los métodos

modernos de la técnica y de la administración de empresas". La mencionada corporación tiene "como finalidades principales las de promover y encauzar el desarrollo económico de la región comprendida bajo su jurisdicción, atendiendo a la conservación, defensa, coordinación y administración de todos sus recursos naturales, a fin de asegurar su mejor utilización técnica y un efectivo adelanto urbanístico, agropecuario, minero, sanitario e industrial con miras al beneficio común, para que, en tal forma, alcance para el pueblo en ella establecido los máximos niveles de vida" (art. 3º). El artículo 4º de la Ley 3ª de 1961 determinó las funciones específicas de la Corporación, entre las cuales se cuenta la relativa al manejo y preservación del medio ambiente.

2º El artículo 24 de la Ley 3ª de 1961 dispuso que "a partir del 1º de enero siguiente a la sanción de la presente ley", se establece "un impuesto nacional sobre las propiedades inmuebles situadas dentro del territorio de que trata el artículo 3º de esta ley, equivalente al dos por mil sobre el monto de los avalúos catastrales". El artículo 4º de la Ley 62 de 1983 adicionó la Ley 3ª de 1961 con varias disposiciones, entre ellas, el artículo 46 que dispuso que "a partir del 1º de enero de 1984 el impuesto nacional sobre las propiedades inmuebles situadas dentro del área de jurisdicción de la Corporación será del dos y medio por mil sobre el monto de los avalúos catastrales". Además, el artículo 11 de la Ley 44 de 1990 dispone, en el inciso 1º, que "los tesoreros municipales cobrarán y recaudarán el impuesto que se liquide con destino a las corporaciones regionales, simultáneamente con el impuesto predial unificado, en forma conjunta e inseparable, dentro de los plazos señalados por el municipio para el pago de dicho impuesto" y, en el inciso 2º, que "el impuesto recaudado será mantenido en cuenta separada y los saldos serán entregados mensualmente por los tesoreros a las corporaciones respectivas".

3º El artículo 317 de la Constitución prescribe que "sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble", sin perjuicio de la contribución de valorización que otras entidades puedan imponer. Pero también dispone, en el inciso 2º, que "la ley destinará un porcentaje de estos tributos, que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes, a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción".

4º La Sala considera que *el artículo 317 de la Constitución, que tiene por objeto hacer que la propiedad inmueble sólo pueda ser gravada por*

los municipios, hizo la excepción de los porcentajes que sobre los impuestos municipales a la propiedad inmueble la ley puede establecer, en cuantía "que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes", con destino a las entidades que, como la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, están encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables.

De este modo la Constitución se propone mantener, no obstante que dispone que la propiedad inmueble sólo puede ser gravada por los municipios, el impuesto nacional vigente con destino, sobre todo, a las corporaciones autónomas regionales, por estar "encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables".

5º De manera que como el "impuesto nacional sobre la propiedad inmueble", creado por el artículo 24 de la Ley 3ª de 1961 y modificado, en la forma indicada, por los artículos 4º de la Ley 62 de 1983 y 11 de la Ley 44 de 1990, no se contrapone -sino que armoniza- con el artículo 317 de la Constitución, no fue subrogado por ésta y, en consecuencia, subsiste mientras no sea modificado o derogado por la ley.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

El impuesto nacional sobre las propiedades inmuebles, creado por el artículo 24 de la Ley 3ª de 1961, con las reformas prescritas por los artículos 4º de la Ley 62 de 1983 y 11 de la Ley 44 de 1990, se encuentra vigente y subsiste mientras no sea modificado o derogado por la ley.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores ministro de Hacienda y Crédito Público y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro R.., Secretaria.

Autorizada la publicación con oficio 121 de febrero 19 de 1993.

DIPUTADOS / CESANTIA - Liquidación / SOLUCION DE CONTINUIDAD

La cesantía de los diputados debe liquidarse y pagarse al producirse su retiro del servicio. Si los diputados fueran reelegidos para el período siguiente y actúan sin solución de continuidad con el anterior, se les debe liquidar la cesantía, a su retiro del servicio, con base en la remuneración. Si a los diputados se les liquidó y pagó la cesantía al finalizar el primer período, no obstante que fueron reelegidos y actuaron en el siguiente, sin solución de continuidad entre ellos, a su retiro del servicio se les debe liquidar y pagar la cesantía con base en el último sueldo; pero la cesantía pagada por concepto de los servicios prestados en el primer período, debe ser reajustada con base en la última remuneración, porque no habría solución de continuidad. La cesantía de los diputados sólo debe liquidarse a su retiro del servicio. La liquidación anual es, por consiguiente, una práctica contraria a la ley.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Humberto Mora Osejo.*

Radicación número 497

Ref.: Consulta sobre reconocimiento y pago de reliquidación de cesantías a los diputados a la Asamblea Departamental.

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

"1. ¿A los Diputados se les liquida y paga el auxilio de cesantía al terminar su período, es decir, por los dos (2) años que prestaron sus servicios y esta liquidación debe hacerse con base en el sueldo devengado durante el último año corresponde a dicho período?

2. ¿La cesantía de los Diputados debe liquidarse y pagarse año por año si se tiene en cuenta que por Ordenanza de la Asamblea Departamental, las dietas de éstos fueron niveladas a las que devengan los Congresistas mensualmente y a esos últimos les son liquidadas sus cesantías año por año y pasadas al Fondo de Cesantías del Congreso?

3. ¿A los Diputados reelegidos se les debe liquidar la cesantía con el sueldo del último año del período para el cual fueron elegidos, período por período? ¿O tienen derecho a la reliquidación de sus cesantías cuando terminen el siguiente período para el que fueron reelegidos?"

LA SALA CONSIDERA:

1º Según el artículo 299, inciso 3º, de la Constitución, "los diputados no tendrán calidad de funcionarios públicos", del mismo modo como, de acuerdo con el artículo 312, inciso 2º, del mencionado estatuto, "los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos".

De manera que, por disposiciones específicas de la Constitución, ni los diputados ni los concejales son empleados públicos y, de conformidad con la ley, sólo tendrán "derecho a honorarios" por asistir, respectivamente, a las sesiones de las asambleas departamentales y de los concejos municipales. Este criterio también fue expuesto por la Sala en concepto de 14 de mayo de 1992.

2º Sin embargo, como para dar aplicación a los artículos 299, inciso 3º, y 312, inciso 2º, de la Constitución se requiere que la ley regule los honorarios de los diputados y concejales, mientras ella expide la legislación anterior, relativa a sus prestaciones sociales, mantiene vigencia.

3º El artículo 7º de la Ley 48 de 1962 dispone que "los miembros del Congreso y de las asambleas departamentales gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen y reformen".

En este orden de ideas, el artículo 17, letra a), de la Ley 6ª de 1945 reconoció, entre otras prestaciones sociales, el "auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio", para los empleados y obreros nacionales y de las entidades descentralizadas.

El artículo 1º del Decreto 2567 de 1946 dispone que el auxilio de cesantía debe liquidarse "de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en

los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de 12 meses". El artículo 2º de la Ley 65 de 1946 agrega que para efectuar la liquidación de la cesantía se deben aplicar "las reglas indicadas en el Decreto número 2567 de 31 de agosto de 1946" y que "su cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo sino lo que perciba en cualquier otro título y que implique directa o indirectamente atribución ordinaria y permanente de servicios tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc.".

El artículo 2º de la Ley 5ª de 1969 reitera, para los efectos de lo prescrito por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 -relativo al reconocimiento de pensión de jubilación-, el artículo 2º de la Ley 65 de 1946.

De manera que, según las mencionadas disposiciones legales, la cesantía se liquida a razón de un mes de sueldo o salario por cada año de servicio y la remuneración consiste en todo cuanto perciba el empleado o trabajador como consecuencia, directa o indirecta, de su cargo o de su relación laboral.

4º La cesantía es una prestación social que se reconoce y paga al empleado o trabajador al producirse su retiro del servicio o la terminación del contrato de trabajo. La ley, excepcionalmente, permite pagar cesantía parcial, para gastos esenciales del empleado o trabajador, que ella misma define y regula.

5º Con el objeto de facilitar, a este respecto, el cumplimiento de la ley, el artículo 6o. del Decreto Reglamentario número 2767 de 1945 dispone que "la no reelección de los empleados que gocen de períodos fijos, la no renovación de los contratos de trabajo a término indefinido, la aceptación de renuncias de cortesía o de las exigidas formalmente, o cualesquiera modificaciones desfavorables de las condiciones preexistentes que ocasionen el retiro, se tendrán como despido para la liquidación de las cesantías".

6º En el caso que es objeto de consulta, la Sala considera que los diputados actualmente tienen un período de tres años (art. 299, inc. 3º, de la Constitución) -en la anterior Carta Política era de dos; pero el artículo 19 transitorio de la Constitución dispone que "los alcaldes, concejales y diputados que se elijan en 1992 ejercerán sus funciones hasta el 31 de diciembre de 1994"-; que si son reelegidos y actúan en el siguiente período no existe solución de continuidad con el anterior y que, por lo

mismo, de acuerdo con la ley, la cesantía de los diputados sólo se debe reconocer, en la forma indicada, después de su retiro del servicio.

La Sala también considera que si se reconoció y pagó cesantía definitiva a los diputados, al finalizar el primer período constitucional, no obstante que fueron reelegidos y actuaron en el siguiente, sin solución de continuidad, al liquidar la cesantía correspondiente al segundo período se debe revisar la liquidada y pagada por concepto del primero porque, de acuerdo con la ley, todo el tiempo servido se debe pagar con base en la última remuneración.

Con fundamento en lo expuesto la **Sala responde:**

1º La cesantía de los diputados debe liquidarse y pagarse al producirse su retiro del servicio.

2º Si los diputados son reelegidos para el período siguiente y actúan, sin solución de continuidad con el anterior, se les debe liquidar la cesantía, a su retiro del servicio, con base en la última remuneración.

3º Si a los diputados se les liquidó y pagó la cesantía al finalizar el primer período, no obstante que fueron reelegidos y actuaron en el siguiente, sin solución de continuidad entre ellos, a su retiro del servicio se les debe liquidar y pagar la cesantía con base en el último sueldo; pero la cesantía pagada por concepto de los servicios prestados en el primer período, debe ser reajustada con base en la última remuneración, porque no habría solución de continuidad.

4º Lo expuesto indica que la cesantía de los diputados sólo debe liquidarse a su retiro del servicio. La liquidación anual es, por consiguiente, una práctica contraria a la ley.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

REVISION DE CONTRATO / CONTRATO DE EMPRESTITO / PLAN DE DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL / GOBIERNO - Facultades / LEY DEL PLAN / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal (Salvamento de voto)

Los artículos 76, ordinal 4º y 80 de la Constitución de 1886 prescribían que "los planes y programas de desarrollo económico y social a que deba someterse la economía nacional, y los de las obras públicas que han de emprenderse o continuarse" deben ser expedidos por medio de la ley o, en su defecto, en la hipótesis exclusiva de que el Congreso no resuelva, dentro de los términos especiales prescritos al efecto por la Constitución, mediante decreto del Gobierno con fuerza legislativa. La misma Constitución exigía que la ley del plan comprenda "determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar" su cumplimiento. Los artículos 150, numeral 3 y 341 de la actual Constitución reiteran esas previsiones constitucionales. De manera que es evidente que las facultades dadas al gobierno tienen por objeto ejecutar planes y programas de desarrollo económico y social expedidos de conformidad con el artículo 76, ordinal 4º de la Constitución de 1886, reiterado por el artículo 150-3 de la actual Carta Fundamental. En consecuencia por falta de ley que prescriba el plan de desarrollo económico y social, el Gobierno no podía ejercer las facultades que le dieron las Leyes 63 de 1983 y 7ª de 1986. Nota de relatoría: Este salvamento fue el emitido al dictamen número 821 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el contrato de empréstito externo celebrado entre la República de Colombia - Ministerio de Hacienda y el Banco Alemán "KFW".

SALA DE CONSULTA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO

Radicación número 821.

Ref.: Contrato de empréstito externo celebrado entre la República de Colombia - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Alemania Federal - Banco alemán "KFW".

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

Como he expuesto en ocasiones similares, los artículos 1º de la Ley 63 de 1983 y 5º de la Ley 7ª de 1986 facultan al gobierno para celebrar contratos de empréstito en el exterior a fin de "financiar planes y programas de desarrollo económico y social". Además, el artículo 1º de la Ley 51 de 1990 amplió estas facultades y autorizó al Gobierno para garantizar, en representación de la Nación, operaciones de crédito externo de otras entidades públicas. Los artículos 76, ordinal 4º, y 80 de la Constitución de 1886 prescribían que "los planes y programas de desarrollo económico y social a que deba someterse la economía nacional, y los de las obras públicas que han de emprenderse o continuarse" deben ser expedidos por medio de la ley o, en su defecto, en la hipótesis exclusiva de que el Congreso no resuelva, dentro de los términos especiales prescritos al efecto por la Constitución, mediante decreto del Gobierno con fuerza legislativa. La misma Constitución exigía que la ley del plan comprenda "la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar" su cumplimiento. Los artículos 150, número 3º, y 341 de la actual Constitución reiteran esas previsiones constitucionales.

De manera que es evidente que las facultades dadas al gobierno por las mencionadas leyes tienen por objeto ejecutar planes y programas de desarrollo económico y social expedidos de conformidad con el artículo 76, ordinal 4º, de la Constitución de 1886, reiterado por el artículo 150, número 3º, de la actual Carta Fundamental.

En consecuencia, *por falta de ley que prescriba el plan de desarrollo económico y social,* el Gobierno no podía ejercer las facultades que le dieron las Leyes 63 de 1983 y 7ª de 1986. Por consiguiente, *estimo que la Sala debió declarar que el contrato es contrario a la Constitución y a las leyes.*

Fecha, *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

CONGRESISTA - Inhabilidades / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA / EMPLEO DE ELECCION POPULAR

A los Congresistas que aspiren a la Presidencia de la República, les serán aplicables las inhabilidades específicas a que se alude en el numeral 4 de los considerandos, cuya fuente constitucional son: el artículo 97, el artículo 191 y los numerales 1, 4, 7 y 8 del artículo 179. En Colombia una persona no podrá aspirar a ser elegida Congresista y Presidente de la República simultáneamente, por cuanto la elección del Presidente y Vicepresidente y la del Congreso deben hacerse en fechas separadas, por mandato del artículo 262 de la Constitución; una vez elegida congresista, dicha persona quedará automáticamente inhabilitada para ser elegida como miembro de otra Corporación Pública (Asambleas Departamentales, Concejos) o para cargo público (Presidente, Gobernador, Alcalde), si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente, por prescripción del numeral 8 del artículo 179 de la misma Carta Política.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 17 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Javier Henao Hidrón*

Radicación número 500.

Ref.: Consulta sobre las inhabilidades aplicables a los congresista que aspiren a la Presidencia de la República.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Fabio Villegas Ramírez, después de hacer la transcripción de los artículos 179 y 197 de la Constitución Política, formula a la Sala la siguiente consulta:

1ª ¿Qué inhabilidades son aplicables a los congresistas que aspiren a la Presidencia de la República?

2ª ¿Puede una misma persona aspirar a ser elegido congresista y Presidente de la República?

LA SALA CONSIDERA

1. *El concepto de inhabilidades.* El Estado de Derecho y la democracia política han dado origen al principio de la igualdad de los candidatos frente al electorado. Aunque es un principio relativo, porque las exuberantes prácticas electorales y la influencia del dinero siempre colocarán a unos candidatos en mejores condiciones que a otros, mediante él se procura obtener un cierto equilibrio entre los aspirantes a desempeñar cargos o ejercer dignidades de carácter público, de tal manera que sea la ley encargada de establecer las causales mediante las cuales se impida el predominio injustificado de determinados candidatos. Esas causales se denominan *inhabilidades*. En ellas está involucrado el principio electoral de la igualdad, pero también el interés público o social. Por ello obedecen a razones de variada índole, tales como:

La nacionalidad, para distinguir entre la adquirida por nacimiento o por adopción, de donde suelen resultar excluidos los extranjeros; la indignidad penal o disciplinaria, para privar de la posibilidad de acceder a empleos o dignidades públicas a quienes hayan incurrido en delitos o en faltas disciplinarias graves; el ejercicio de la autoridad, para que quienes la detentan en cualquiera de las cuatro clases hoy admitidas constitucionalmente: la política, la militar, la administrativa o la civil, no puedan valerse de la misma para ser elegidos; los vínculos jurídicos creados por la gestión de negocios o la celebración de contratos con el Estado, y, finalmente, los vínculos nacidos del parentesco, pues la desmedida preferencia por los parientes podría conducir al ejercicio del poder por determinadas familias, práctica viciosa conocida con el nombre de nepotismo.

Otra prohibición, convertida por obvias razones en inhabilidad, es la que impide la acumulación de funciones públicas. Suele ser enunciada en éstos o similares términos: "Nadie podrá ser elegido simultáneamente...", o "Nadie podrá ser elegido para más de un empleo o dignidad pública...".

Como complemento de las inhabilidades, el Estado de Derecho ha creado las *incompatibilidades,* que surgen una vez el servidor público ha tomado posesión del cargo o asumido la investidura correspondiente, y cuya finalidad es garantizar el ejercicio de la función pública en un marco adecuado de independencia y dignidad.

2. *Evolución de las inhabilidades de los congresistas.* De un criterio laxo, proveniente de la Constitución de 1886, en la cual el Congreso solamente reunía por derecho propio cada dos años y por un período de ciento veinte días, las inhabilidades de los congresistas fueron objeto de un tratamiento más estricto, primero como consecuencia de la adopción del sistema del *Sueldo anual* (durante los años 1936 a 1945 y luego a partir de 1968) y más tarde por perentorias razones de interés social y ética administrativa, que la opinión hizo suyas durante la convocatoria y reunión de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

De ahí normas tales como las que forman el Título VI, Capítulo 6 de la nueva Constitución Política y especialmente su artículo 179, que algunos destacados comentaristas han calificado de "farragoso" tras afirmar: "El tema de las inhabilidades de los congresistas dio lugar a uno de los ejercicios de imaginación más grandes que se vieron en el desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente"[1], aseveración válida respecto de algunas inhabilidades, que tal vez fueron llevadas a extremos, pero inadmisible para calificar el conjunto de inhabilidades e incompatibilidades, con las cuales aquella Asamblea se limitó a atender los reclamos que en esta materia venían haciendo las voces más sensatas de la opinión pública colombiana. Además, y como ellos mismos advierten, el artículo 179 de la codificación vigente es fusión de los artículos 94, 100, 108 y 111 de la anterior Constitución.

Por otra parte, la Asamblea Constituyente fue generosa en tratándose de exigir requisitos para el desempeño de cargos en la rama judicial (arts. 232 y 255), y para la elección de Presidente de la República no estableció inhabilidades que superaran las normalmente aconsejables, aunque sí disminuyó los requisitos para acceder a tan alta dignidad, que quedaron reducidos a ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años (art. 191).

Obviamente, difieren las inhabilidades para ser elegido congresista (art. 179) de las inhabilidades del congresista para ser elegido Presidente de la República (art. 197), aspecto este último a que se concretará el estudio de la Sala.

3. *Inhabilidades para ser elegido Presidente de la República.* Están inhabilitados para ser elegidos Presidente de la República:

a) El ciudadano que haya ejercido en propiedad la Presidencia. La no reelección presidencial en forma relativa, circunscrita al período presi-

dencial inmediatamente siguiente, fue reemplazada por la no reelección presidencial en forma absoluta, es decir, para todo tiempo;

b) El ciudadano que, siendo Vicepresidente de la República haya ejercido el cargo de Presidente por más de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el respectivo cuatrienio constitucional. Esta inhabilidad comprende en la actualidad al designado y a partir del 7 de agosto de 1994, al Vicepresidente, nueva figura creada por la Constitución del 91;

c) Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos;

d) Quienes hayan perdido la investidura de congresista por decisión del Consejo de Estado, al haber incurrido en una cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 183 de la Constitución;

e) El ciudadano que un (1) año antes de la lección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos: Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado; miembro del Consejo Superior de la Judicatura o del Consejo Nacional Electoral; miembro del Gobierno Nacional en su condición de Ministro del Despacho o Director del Departamento Administrativo; Procurador General de la Nación; Contralor General de la República; Fiscal General de la Nación; Defensor del Pueblo; Registrador Nacional del Estado Civil; Gobernador de Departamento o Alcalde Mayor de Bogotá;

f) Quienes no reúnan los requisitos para el desempeño del cargo, es decir, quienes no sean colombianos por nacimiento (la inhabilidad tampoco comprende a los colombianos por nacimiento que tengan doble nacionalidad a que alude el num. 7 del art. 179), o no estén en ejercicio de la ciudadanía, o no tengan treinta años en la fecha de la elección. (La concurrencia de requisitos deberá acreditarse previamente a la inscripción de la candidatura, ante el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, por disposición del Código Electoral o Decreto-ley 2241 de 1986, art. 91), y

g) Quien habiendo sido elegido como miembro de una Corporación Pública (Congreso, Asamblea departamental, Concejo Distrital y Municipal, o eventualmente de una Asamblea Nacional Constituyente), o por voto ciudadano para un cargo público, con posterioridad sea elegido para el cargo de Presidente de la República, siempre que los respectivos

períodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente. El precepto constitucional es perentorio:

> Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente (art. 179, num. 8).

(Dicha prohibición constitucional amplía y hace más riguroso el texto del inciso final del art. 108 de la anterior Constitución, según el cual: "Dentro del mismo período constitucional nadie podrá ser elegido senador y representante ni elegido tampoco por más de una circunscripción electoral para los mismos cargos. La infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones").

4. *Congresistas que no podrán ser elegidos válidamente para el cargo de Presidente de la República.* Tomando a manera de ejemplo, las elecciones presidenciales de mayo de 1994, se concluye que no podrán ser elegidos para la Presidencia (cuatrienio 1994-1998) los siguientes congresistas elegidos para el período que termina el 20 de julio de dicho año:

a) Aquellos que hayan sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad. Se exceptúan los condenados por delitos políticos o culposos;

b) Aquellos que hayan perdido la investidura por decisión del Consejo de Estado;

c) Aquellos representantes a la Cámara que no sean colombianos por nacimiento o no tengan treinta años de edad. Esto por cuanto para ser representante se exige solamente ser ciudadano en ejercicio y mayor de veinticinco años (art. 177);

d) Aquellos congresistas que en las elecciones de marzo de 1994, sean elegidos senadores o representantes para el período de cuatro años que empieza el 20 de julio siguiente, pues en este evento el período congresional coincidiría en su casi totalidad con el período presidencial.

En todos los casos mencionados, la elección de un congresista para el cargo de Presidente de la República estará viciada de nulidad por infracción al régimen de inhabilidades prescrito por la Constitución Política de Colombia.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala responde:

1º A los congresistas que aspiren a la Presidencia de la República, les serán aplicables las siguientes inhabilidades específicas a que se alude en

el numeral 4 de los considerados, cuya fuente constitucional son: el artículo 97, el artículo 191 y los numerales 1, 4, 7 y 8 del artículo 179.

2º En Colombia una persona no podrá aspirar a ser elegida congresista y Presidente de la República simultáneamente, por cuanto la elección del Presidente y Vicepresidente y la de Congreso deben hacerse en fechas separadas, por mandato del artículo 262 de la Constitución; y una vez elegida congresista, dicha persona quedaría automáticamente inhabilitada para ser elegida como miembro de otra corporación pública (asambleas departamentales, consejos) o para cargo público (Presidente, gobernador, alcalde), si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente, por prescripción de numeral 8 del artículo 179 de la misma Carta Política.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación con oficio 114 de marzo 18 de 1993.

SERVIDOR PUBLICO / PARTICIPACION EN POLITICA / NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal

La participación en actividades partidistas y controversias políticas de los empleados del Estado no contemplados en la prohibición del inciso 2º del artículo 127 de la Constitución Política presupone expedición previa de la ley que señale las condiciones en que pueden participar, porque así lo dispone el inciso 3º de la norma citada. La reforma de las normas legales anteriores a la expedición de leyes nuevas en materia de prohibición a los empleados del Estado respecto del derecho constitucional a participar en actividades y controversias partidistas. Opera por virtud de la norma constitucional respecto a los empleados no contemplado en la prohibición, pero la participación de éstos en dichas actividades está subordinada a las condiciones que la ley señale puesto que así lo prevé el artículo 127 inciso 3º de la nueva Constitución. Como el ejercicio del derecho a participar en política que el artículo 127 de la Constitución reconoce a determinado sector de servidores públicos está condicionado a que se expida la ley que regule la manera de desarrollar esa actividad política, quienes participen en ella con antelación a la expedición de la mencionada ley, incurren en falta disciplinaria. El artículo 127 inciso 3º de la Constitución Política permite a los empleados a que se refiere tomar parte en actividades políticas como un derecho que les reconoce. Pero su ejercicio está condicionado a la expedición de la ley que lo regule. Esta ley debe determinar la compatibilidad entre el desempeño del cargo correspondiente al empleado y la posibilidad de que el mismo intervenga en actividades políticas.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 18 de 1992.

Consejero Ponente: Dr. *Jaime Paredes Tamayo.*

SALA DE CONSULTA

Radicación número 430.

Ref.: Consulta del señor Ministro de Gobierno, relacionada con la intervención en política a que se refiere el artículo 127 inciso 2º de la Constitución Nacional.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, consulta a la Sala lo siguiente:

"1. *Plebiscito de 1957:*

"Artículo 6º. A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho del sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta.

"Artículo 7º. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción."

La prohibición de participar en política para los empleados oficiales se halla consagrada en decretos, tales como el 2400 de 1968; el 482 de 1985; el 2241 de 1986; las Leyes 85 de 1981; 13 de 1984 y 96 de 1985, entre otras.

2. *Artículo 127 de la Constitución Política de 1991.*

"Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otros, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos y en las controversias políticas sin perjuicio de ejercer libremente al derecho al sufragio.

Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituyen causal de mala conducta."

3. *Se pregunta.*

1. ¿Pueden los empleados, a los cuales se refiere el inciso 3º del artículo 127 arriba citado, participar en actividades y controversias políticas de los partidos y movimientos, a partir de la promulgación de la Constitución actual, sin que los comportamientos de esta índole los haga acreedores a las sanciones disciplinarias y penales fijadas en las leyes expedidas con antelación, o es necesaria la reglamentación legal de la disposición constitucional?

2. Las normas legales anteriores a la expedición de la nueva Carta Política que prohibían a los empleados oficiales en general, participar en controversias y actividades de los partidos y movimientos políticos ¿quedaron derogados por el artículo 127 citado, o para que dicha derogatoria ocurra se requiere la expedición de nueva normatividad legal especial al respecto?

3. La participación en controversias y actividades de los partidos políticos por parte de los empleados oficiales a que se contrae el inciso 3º del artículo 127 referido, ocurrida antes de la expedición de la actual Constitución, considerada como falta disciplinaria conforme a la normatividad vigente para esa época, ¿dejó de tener esta connotación?

4. Cuando el inciso 3º del artículo 127 de la Constitución Política señala que algunos empleados pueden participar en actividades políticas "en las condiciones" que señale la ley, ¿debe interpretarse esta expresión como si la ley debe limitarse a fijar requisitos para que tal intervención ocurra?, o ¿puede la ley establecer qué tipo de actividad política es permitida (ej.: asistencia a reuniones, firma de comunicados) y cuál no (eje.: ser elegido)?

¿Puede la ley categorizar a los empleados de los distintos niveles, a fin de señalar qué actividades selectivas son permitidas en cada caso?

CONSIDERACIONES

El artículo 127, incisos 2º y 3º de la actual Constitución Política dispuso:

"A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en los órganos judicial, electoral o de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos

y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio".

"Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley."

La norma citada autoriza la participación de determinados empleados del Estado en las actividades de los partidos o movimientos políticos, sujetando el ejercicio de tal actividad a las condiciones que señale la ley.

No hay lugar a duda de que la nueva norma constituye una verdadera innovación en el campo de nuestro derecho público al concederle a determinada clase de empleados del Estado, -no a todos- el derecho de participar en la actividad política de los partidos.

Desde luego será la ley la que ha de regular la forma de ejercer este derecho y de cubrir el riesgo para evitar que el servidor público se convierta en factor desestabilizador de la administración pública.

Por ello el inciso final de la norma que se comenta expresó que "la utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituya causal de mala conducta".

Pero si bien es cierto que el derecho a participar en actividades políticas fue reconocido directamente por la Constitución, su efectividad quedó condicionada a que el Congreso expida la ley que determina la forma de realizar las actividades políticas.

De manera que la actividad política de los empleados solamente puede cumplirse con fundamento en la nueva ley y mientras ésta no se expida, los mismos no pueden realizar ninguna actividad política distinta del sufragio. Es claro que la disposición reformó para los empleados no comprendidos dentro del inciso 2º, la disposición del artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 que prohíba al empleado desarrollar actividades partidarias, así como la del artículo 1º de la Ley 85 de 1981 que sancionaba con pérdida del empleo al funcionario o empleado público que formara parte de comités o directorios políticos, la del artículo 15 de Ley 13 de 1984, y la del artículo 201 del Código Electoral respecto del empleado público que forme parte de Comités, juntas o directorios políticos.

Con la promulgación de la codificación constitucional de la cual forma parte el artículo 127, con sus incisos 2º, 3º y 4º, dejaron de regir las anteriores normas, respecto a los empleados no contemplados en el 2º

inciso, como contrarias al mismo y desde luego quedó derogado el artículo 62 de la anterior Constitución, con base en el cual fueron expedidas.

Continúan vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto son compatibles con la disposición constitucional nueva mientras se expiden las normas a que hace referencia el artículo transitorio 21.

La inclusión en el articulado originalmente propuesto a la Comisión 3ª de la Asamblea Constituyente de dos alternativas con relación a la participación de los servicios públicos en actividades políticas se fundamento así:

"La primera propuesta constituye un significativo avance frente al régimen vigente en el sentido que permite el ejercicio pleno de los derechos políticos de los ciudadanos, no obstante, su vinculación al Estado; conscientes eso sí que la autoridad de la cual pueden estar investidos no puede constituirse en elemento al servicio de una causa o partido. En consecuencia y *con el ánimo de que pueda realizarse un desmonte parcial de la prohibición actual* se ha trasladado al legislador la fijación de condiciones y requisitos para la participación de los servidores públicos en la actividad política.

La segunda propuesta amplía sustancialmente, sin delegar las competencias al legislador, la participación de los servidores públicos en la actividad política. Eso sí, se excluye de este derecho a aquellos servidores públicos que desempeñan cargos de jurisdicción y mando. Se recoge de esa manera la aspiración expresada en varios de los proyectos y propuestas de reforma constitucional, en el sentido de ampliar los derechos políticos de los servidores públicos" (Exposición de motivos, Gac. Cons. No. 68, mayo 6 de 1991).

Ese traslado al legislador de la fijación de condiciones para la participación de los servidores públicos en la actividad política, recogía la propuesta al respecto del Gobierno Nacional (Proyecto No. 2 art. 188) y la del Constituyente Fernando Carrillo F. concebida en los siguientes términos:

"Artículo. A los funcionarios y empleados públicos, a excepción de los que desempeñan responsabilidades de dirección y manejo, y a los que expresamente excluye esta Constitución no les está prohibido pertenecer a directorios de los partidos, participar en actividades o intervenir en

controversias políticas, *siempre y cuando estas actividades no sean un obstáculo para el adecuado desempeño de las funciones propias de su cargo.*

La ley del servicio público reglamentará esta disposición." (Proyecto No. 125, Gac. No. 71 de mayo 8 de 1991).

En todo caso, el artículo definitivo que presentó a plenaria la Comisión 3ª incluyó el articulado 14, a cuyo tenor:

"La ley fijará las condiciones para la participación de los servidores públicos en actividades políticas. Con todo, la utilización de las funciones del empleo para inducir o presionar indebidamente a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política será causal de mala conducta a interdicción de derechos y nulidad del cargo obtenido (art. 61, incis. 3º, 4º y 5º C. N. Gac. 83, mayo 27/91).

Del debate sobre dicho artículo, según Acta de sesión plenaria de mayo 22/91 (Gac. 105, junio 22/91 p. 15) surgió en ponencia para primer debate la Proposición sustitutiva No. 23 del Constituyente Carlos Rodado N. como antecedente inmediato del artículo 127, que expresaba:

"Artículo 14. La ley fijará las condiciones para la participación de los servidores públicos en actividades políticas salvo en los casos de funcionarios que detenten jurisdicción a mando o de dirección administrativa o los de la rama jurisdiccional, la electoral y los organismos de control. Con todo, el servidor público que induzca o presione indebidamente cualquier persona natural o jurídica para que respalde una causa o campaña política perderá el empleo e incurrirá en interdicción en derechos y funciones públicas por el término de cinco años.

Asumido unívocamente, por demás, el carácter de los servidores públicos a quienes el artículo 127 de la Constitución permite participar en actividades de los partidos y en las controversias políticas y previstos los alcances y restricciones de tal participación, corresponde a la Sala responder el cuestionario propuesto por el señor Ministro de Gobierno:

1. La participación en actividades partidistas y controversias políticas de los empleados del Estado no contemplados en la prohibición del inciso 2º del artículo 127 de la Constitución Política *presupone expedición previa de la ley* que señale las condiciones en que pueden participar, porque así lo dispone el inciso 3º de la norma citada.

2. La reforma de las normas legales anteriores a la expedición de la Constitución nueva no está condicionada a la expedición de leyes nuevas en materia de prohibición a los empleados del Estado respectivo del derecho constitucional a participar en actividades y controversias partidistas. Opera por virtud de la norma constitucional respecto a los empleados no contemplados en la prohibición, pero la participación de éstos en dichas actividades está subordinada a las condiciones que la ley señale puesto que así lo prevé el artículo 127, inciso 3º de la nueva Constitución.

3. Como el ejercicio del derecho a participar en política que el artículo 127 de la Constitución reconoce a determinado sector de servidores públicos está condicionado a que se expida la ley que regule la manera de desarrollar esa actividad política, quienes participen en ella con antelación a la expedición de la mencionada ley, incurren en falta disciplinaria.

4. El artículo 127 inciso 3º de la Constitución Política permite a los empleados a que se refiere tomar parte en actividades políticas como un derecho que les reconoce. Pero su ejercicio está condicionado a la expedición de la ley que lo regule. Esta ley debe determinar la compatibilidad entre el desempeño del cargo correspondiente al empleado y la posibilidad de que el mismo intervenga en actividades políticas.

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

Transcríbase en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Gobierno y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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 con oficio 0725 de 26 de marzo de 1992.

CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA / NACION - Representación / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Funciones / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / INEXISTENCIA / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (Salvamento de voto)

El artículo 189, ordinal 23 de la Constitución Nacional, dice que la representación administrativa de la Nación corresponde al Presidente de la República y excepcionalmente, para los asuntos relacionados con sus funciones, al Registrador Nacional del Estado Civil; además el Consejo Superior de la Judicatura, que es parte integrante de la Rama Judicial, no es una persona jurídica. De donde se deduce claramente que el artículo 15, ordinal 4º del Decreto-ley 2652 de 1991, en cuanto atribuye al Director Nacional de Carrera Judicial la facultad de representar a la Nación para celebrar los contratos relativos al Consejo Superior de la Judicatura, es manifiestamente inconstitucional y, de conformidad con el artículo 4º de la Carta Política, que prescribe la excepción de inconstitucionalidad, la Sala no la debió aplicar. Nota de relatoría: Este salvamento fue el emitido al Dictamen No. 825 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el Contrato de Compraventa celebrado entre la Nación - Consejo Superior de la Judicatura y la Gobernación del Departamento de Bolívar.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO

Radicación número 825.

Ref.: Contrato de compraventa celebrado entre la Nación - Consejo Superior de la Judicatura y la Gobernación del Departamento de Bolívar.

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

El Consejo Superior de la Judicatura no tiene personería jurídica y, por lo mismo, no puede contratar. Los motivos en que se funda esta aserción son los siguientes.

1º. Según el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución -que reitera el artículo 120, ordinal 13, de la anterior constitución- , el Presidente de la República tiene la facultad de "celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley". Estos contratos son los que celebra el Estado, definido como persona jurídica de derecho público, con el nombre de nación, por el artículo 80 de la Ley 153 de 1887.

2º. El artículo 266 de la Constitución prescribe, como excepción al principio expuesto, que el Registrador Nacional del Estado Civil tiene, entre otras funciones, "la de celebrar contratos en nombre de la Nación" en los casos determinados por la ley. Pero *la Constitución no faculta a la Directora Nacional de Administración Judicial ni a ninguno de los funcionarios o empleados de la misma dependencia, par celebrar contratos en representación de la Nación.* Esto se explica porque la Asamblea Constituyente no acogió el proyecto que contemplaba la creación de un establecimiento público, perteneciente a la rama jurisdiccional con personería jurídica y autonomía administrativa, encargado de cumplir o ejecutar todas las actividades necesarias para el funcionamiento de la misma entidad, en ellas incluida la facultad de contratar.

Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución, los contratos que interesen al Consejo Superior de la Judicatura deben celebrarse, *en representación de la Nación, por el Presidente de la República.*

3º Sin embargo, el artículo 211 de la Constitución prescribe que "la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine".

De manera que, según la transcrita disposición constitucional, *los funcionarios o empleados de la Dirección Nacional de Administración Judicial sólo podrían suscribir, en representación de la Nación, los contratos que el Presidente de la República les delegue.*

4º El artículo 15, número 4, del Decreto-ley 2652 de 1991 faculta al Director Nacional de Administración Judicial para "llevar la representa-

ción jurídica de la Nación - Consejo Superior de la Judicatura" y suscribir, por lo mismo, los correspondientes contratos.

Pero, por su parte, según el artículo 189, ordinal 23, de la Constitución, antes transcrito, la representación administrativa de la Nación corresponde al Presidente de la República y excepcionalmente, para los asuntos relacionados con sus funciones, al Registrador Nacional del Servicio Civil (art. 266, inc. 2º, de la Constitución); además, el Consejo Superior de la Judicatura, que es parte integrante de la Rama Judicial, no es una persona jurídica. De donde se deduce claramente que el artículo 15, ordinal 4º, del Decreto-ley 2652 de 1991, en cuanto atribuye al Director Nacional de la Carrera Judicial la facultad de representar a la Nación para celebrar los contratos relativos al Consejo Superior de la Judicatura, es manifiestamente inconstitucional y, de conformidad con el artículo 4º de la Carta Política, que prescribe la excepción de inconstitucionalidad, la Sala no lo debió aplicar.

5º La Sala, mediante concepto de 11 de mayo de 1989 y providencia de 13 de octubre de 1992, *por unanimidad prohijó el criterio divergente que sustentó.* Tanto en la anterior constitución como en la de 1991 -con excepción de la facultad conferida al Registrador Nacional del Estado Civil (art. 266, inc. 2º)- el Presidente de la República, mediante autorización legal, celebra los contratos de la Nación.

En conclusión, considero que el contrato celebrado entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Gobernación del Departamento de Bolívar no podía celebrarse porque el mencionado Consejo no tiene personería jurídica y que, en consecuencia, la Sala lo debió declarar no ajustado a la ley.

Fecha, *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

SECCION PRIMERA

ACTO COMPLEJO / DEMANDA - Ineptitud

El acto aprobatorio y el aprobado, aunque emanados de diferentes autoridades administrativas se caracterizan por su unidad de contenido y de fin y conforman un acto complejo. Como los dos integran la voluntad de la Administración se hace necesario demandar la nulidad de ambos, pues de no ser así en el evento* sub lite *de prosperar las pretensiones de la demanda se invalidaría el acto aprobatorio quedando vigente el acto aprobado, lo cual sería absurdo habida cuenta que la unidad anotada los hace inescindibles.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera. - Santafé de Bogotá, D.C., enero 22 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 1759.

Acción de nulidad contra la Resolución 0084 de 13 de febrero de 1991, del Superintendente Nacional de Salud.

Actora: Sociedad Sorteos Extraordinarios Asociados Compañía Limitada.

La *Sociedad Sorteos Extraordinarios Asociados Compañía Limitada*, a través de apoderado, presentó demanda ante esta Corporación en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tendiente a obtener la nulidad de la Resolución número 0084 de 13 de febrero de 1991, *por medio de la cual se aprueba el plan de premios para 1991 del Sorteo Extraordinario de Colombia*, expedida por el señor Superintendente Nacional de Salud.

I. *CAUSA PETENDI*

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 20 de la Constitución Nacional; 2º, 4º y 5º del Decreto 971 de 1990; 2º, literal

c) 3º, literal k) del Decreto 1472 de 1990; y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Para fundamentar los cargos se aduce en la demanda, lo siguiente:

1. *Violación de los artículos 2º, 4º y 5º del Decreto 971 de 1990.*

Conforme al artículo 2º del Decreto 971 de 1990, cada entidad gestora del monopolio de lotería tiene derecho a rifar anualmente un derecho, a través de una cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 4º del mismo.

De acuerdo con el artículo 5º del citado Decreto, la asociación de dichas entidades permite que éstas agrupen los derechos de que son titulares y efectúen durante el año tantos sorteos cuantos correspondan a los derechos aportados, pudiendo utilizar en una sola fecha dos o más derechos aportados. Pero agrega el Decreto: "En la acumulación que así se verifique se entenderá que los derechos respectivos se ejercitaron definitivamente".

Si bien es cierto que en el artículo 1º de la Resolución se expresa que el sorteo con los derechos de las loterías mencionadas consta de la emisión y acumulación de "50.000 billetes de 20 fracciones por cada derecho aportado para un total de 1.000.000" (se supone de fracciones), lo cual se ajusta a la modalidad escogida contenida en el numeral 2º del artículo 4º del Decreto 791 de 1990, en los artículos siguientes se pone en evidencia la transgresión de las normas superiores invocadas como violadas toda vez que se autoriza para que en "cada uno de los primeros ocho (8) sorteos" se pongan en juego "960.000 fracciones distribuidas en billetes de tres (3) fracciones cada uno" (art. 2º). Ello significa que en cada sorteo se ofrezcan y jueguen 2.560.000 billetes.

No obstante, de acuerdo con la norma superior, si cada derecho de las nueve entidades participantes, en la modalidad acogida por la Resolución, es decir, la del numeral 2º del artículo 4º del Decreto, equivale a 50.000 billetes, hasta de veinte fracciones, el total de billetes que por año podrían jugarse es de cuatrocientos cincuenta mil (450.000), repartidos en la forma que convengan los titulares de los derechos durante el año.

Pero, además, se viola la disposición superior en cuanto al número de series que integran cada sorteo ya que mientras el Decreto 971 de 1990 autoriza 50.000 billetes numerados del 0000 al 9999, es decir, en cinco series (num. 2º del art. 4º), la Resolución acusada en su artículo 5º prevé,

en relación con cada sorteo, la emisión de billetes en 32 series, pues autoriza a que se paguen 31 premios para los billetes con el número del premio mayor en otras series y 32 premios para los billetes con el número del premio mayor invertido en cualquiera serie.

En cuanto a la regulación al llamado sorteo final la Resolución transgrede de nuevo las normas superiores autorizando para ese sorteo no sólo un número de billetes ampliamente superior al permitido, pues prevé la existencia de 33 series (art. 8º), es decir, un total de 330.000 billetes numerados del 0000 al 9999, sino que supera el número de fracciones autorizadas en el Decreto 971 de 1990, que es de 1.000.000 por sorteo, previendo que en ese sorteo final se pondrán en juego las restantes 1.320.000 fracciones (art. 6º).

2. *Falsa motivación*

La Superintendencia Nacional de Salud mediante la Resolución acusada, incurriendo en la causal de falsa motivación, autorizó en la parte resolutiva la realización de sorteos que no se acomodan a las disposiciones superiores que ha debido observar. Se falsea la motivación al presentar la existencia de una acumulación de derechos que no se dio en la realidad y se afirma que en virtud de ella pueden rifarse en los primeros ocho (8) sorteos un total de 960.000 fracciones distribuidas en billetes de tres (3) fracciones y que para el último sorteo puedan rifar un total de 1.320.000 fracciones agrupadas en un total de 430.000 billetes. Pero si se estuviera en presencia de la acumulación, es cierto que la Superintendencia de Salud ha debido observar todas las reglas del artículo 5º del Decreto 971 de 1990 teniendo en cuenta el número de derechos acumulados y el carácter definitivo que tiene su juego en un sorteo, además de las restricciones absolutas en materia de número total de fracciones jugadas por sorteo y número de billetes.

3. *Violación del Decreto 1472 de 1990 y del artículo 20 de la Constitución de 1886 -que corresponde al 6º de la actual-.*

Conforme al literal c) del artículo 2º del Decreto 1472 de 1990, la Superintendencia Nacional de Salud es la autoridad técnica en materia de inspección, vigilancia y control de "la eficiencia en la obtención y aplicación de los recursos en las entidades del subsector oficial del sector de la salud, de que tratan los literales a), b), y c) del artículo 5º de la Ley 10 de 1990".

SECCION PRIMERA

En consonancia con el artículo 3º literal k) del Decreto-ley 1472 de 1990 y "En desarrollo de su objeto y sin perjuicio de la competencia que le corresponde al Ministerio de Salud y a los demás organismos públicos, la Superintendencia Nacional de Salud cumplirá las siguientes funciones: ...k) Controlar la cabal y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de las loterías, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar."

Entonces, en cumplimiento del objeto propio de la Superintendencia Nacional de Salud señalado en el artículo 2º del Decreto-ley 1472 de 1990, el Superintendente Nacional de Salud debe orientar su actividad "inspectiva" en los términos del artículo 3º, para el caso, buscando asegurar la cabal y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos legalmente establecidos y destinados a salud, la cual presupone su desarrollo y ejercicio conforme a las disposiciones legales y de acuerdo con los principios y reglas de la sana administración. Por ende, corresponde a la Superintendencia mencionada garantizar, mediante el control, que tales condiciones se cumplan en todo caso por las entidades sujetas a su vigilancia, pero no violando la ley y alterando los principios que orientan las actuaciones administrativas como ocurrió en el caso *sub judice*.

La Resolución acusada, al no observar las finalidades impuestas por el Decreto 1472 de 1990 a la Superintendencia Nacional de Salud, incurrió en violación de dicha norma superior, la cual apareja la consecuencial transgresión del mandato constitucional del artículo 20 de la Carta que impone a los funcionarios actuar de conformidad con la Constitución y la ley, y dentro de esos límites ejercer sus atribuciones propias.

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 alegaciones.

Como la sociedad actora, en escrito inserto en el texto de la demanda, impetró la medida precautoria, respecto de los artículos 2º, 5º, 6º y 8º de la Resolución enjuiciada, la sala, a pesar de encontrar violación manifiesta del numeral 2º del artículo 4º del Decreto 971 de 1990 por los artículos 5º y 8º, denegó tal medida por estimar que si el acto demandado se ejecutó en 1991, la misma se tornaría inane, por sustracción de materia.

La Nación-Superintendencia Nacional de Salud, se hizo parte en el proceso y constituyó apoderado, el cual se opuso a las pretensiones de la actora y propuso la excepción de inepta demanda, fundamentada, principalmente, en que la Resolución 0084 de 13 de febrero fue expedida con base en la función atribuida a la Superintendencia Nacional de Salud otorgada por el literal ñ) del artículo 3º del Decreto 1472 de 1990, siendo aprobatoria de la Resolución 10 de 22 de octubre de 1990, expedida por la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia, mediante la cual se aprobó el Plan de Premios de dicho sorteo para el año de 1991; que el literal ñ) del artículo 3º mencionado fue declarado inexequible parcialmente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 28 de noviembre de 1991, con ponencia del Magistrado doctor Rafael Méndez Arango, en cuanto a la facultad aprobatoria de todos los *items* en él señalados, lo que conduce a concluir que mientras estuvo vigente, la aprobación de los planes de premios de los sorteos extraordinarios por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, se hacía mediante acto administrativo complejo compuesto: por uno, expedido por la Junta Directiva del Sorteo; y, otro, expedido por la Superintendencia Nacional de Salud, con miras a obtener, ambos, la aprobación de un plan de premios.

Que, en consecuencia, las Resoluciones 10 de 22 de octubre de 1990, de la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia, y 0084 de 13 de febrero de 1991, de la Superintendencia Nacional de Salud, conforman un acto jurídico complejo, es decir, un solo universo jurídico emanado de dos autoridades distintas, con unidad de contenido y unidad de fin. Por tal razón si se declarase la nulidad de la Resolución acusada seguiría vigente la Resolución 10 de 22 de octubre de 1990 antes mencionada, lo cual pone en evidencia la prosperidad de la excepción.

Por último, puntualiza, que el efecto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia es que la Resolución acusada perdió fuerza ejecutoria desde el 28 de noviembre de 1991 por haber desaparecido sus fundamentos de derecho en virtud de dicha decisión.

En la etapa de alegaciones las partes reiteraron los planteamientos expuestos tanto en el libelo demandatorio como en su contestación.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de analizar el fondo del asunto debe la Corporación pronunciarse sobre la excepción de inepta demanda propuesta por el señor apoderado de la entidad demandada: La Superintendencia Nacional de

Salud, quien la hace descansar en que la Resolución 0084 de 13 de febrero de 1991, expedida por esa Superintendencia, es aprobatoria de la Resolución 10 de 22 de octubre de 1990, emanada de la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia, y, por tal razón, conforman un acto administrativo complejo, lo cual imponía la obligación de demandar también la última, pues los dos actos se caracterizan por su unidad de contenido y de fin.

En orden a decidir la excepción planteada, la Sala observa:

La Doctrina ha definido el acto administrativo complejo como aquel que resulta del concurso de voluntades de varias autoridades administrativas pertenecientes a una misma entidad o a entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad, y como ejemplo típico se tiene el acto administrativo expedido por una autoridad que está sujeto a la aprobación de otra.

En el caso *sub examine* se tiene que el Sorteo Extraordinario de Colombia Ltda. es una entidad descentralizada de naturaleza jurídica especial, constituida por la asociación de entidades públicas, como son las loterías, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto-ley 130 de 1976. Dentro de sus funciones está, entre otras, la de aprobar anualmente el plan de premios del Sorteo Extraordinario de Colombia, la cual cumple a través de su Junta Directiva, y que por tener relación con el ejercicio de un monopolio tiene la índole de administrativa.

En cumplimiento de la referida función se expidió por la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia Ltda. la Resolución 10 de 22 de octubre de 1990, mediante la cual se aprobó el plan de premios para 1991 del Sorteo Extraordinario de Colombia.

Dicho acto administrativo, según el literal ñ) del artículo 3º del Decreto-ley 1472 de 1990, estaba sujeto a la aprobación de la Superintendencia Nacional de Salud hasta el día 28 de noviembre de 1991, en que fue declarado inexequible parcialmente por la Corte Suprema de Justicia en lo tocante concretamente a esa atribución.

En ejercicio de tal facultad se expidió la Resolución acusada por la Superintendencia Nacional de Salud. Ello pone en evidencia, como lo ha sostenido la Doctrina, que el acto aprobatorio y el aprobado, aunque emanados de diferentes autoridades administrativas se caracterizan por su unidad de contenido y de fin y conforman un acto complejo. Como los dos integran la voluntad de la Administración se hace necesario demandar

la nulidad de ambos, pues de no ser así en el evento sub lite de prosperar las pretensiones de la demanda se invalidaría el acto aprobatorio quedando vigente el acto aprobado, lo cual sería absurdo habida cuenta de que la unidad anotada los hace inescindibles.

Prospera, en consecuencia, la excepción propuesta y debe declararse así por la Sala.

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 probada la excepción de ineptitud de la demanda propuesta por el señor apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud.

En consecuencia, no hay lugar a pronunciamiento de mérito en este proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez,* ausente; *Yesid Rojas Serrano.*

INSPECTOR DE POLICIA - Reelección / EMPLEADO PUBLICO - Reelección

En la disposición acusada, se pueden distinguir dos partes: la primera, prohíbe la reelección de los inspectores más de una vez. La segunda, dispone que (si son reelegidos) no podrán ser designados para el mismo despacho que ocuparon en el primer período. La norma señalada como violada, es el artículo 245 del CRPM, vigente al momento de expedirse el Acuerdo, según la cual "todo empleado público puede ser reelecto indefinidamente", salvo las excepciones constitucionales o legales. La violación es ostensible. **Declara la Nulidad** ***del artículo 3º del Acuerdo No. 002 de 1984, emanado del Concejo Municipal de Tunja, en la parte que dice: "Los inspectores podrán ser reelegidos por una sola vez, para un período igual".***

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., enero 22 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2132.

Asuntos municipales.

Actores: Miller Gabriel Saavedra V. y otros.

Procedente del Tribunal Administrativo de Boyacá, llega ante esta Corporación el asunto de la referencia, a fin de que se desate el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 15 de julio de 1992, proferida por ese Tribunal.

LA ACCION:

En acción de nulidad, varios ciudadanos, mediante apoderado judicial, demandaron ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Boyacá, el Acuerdo No. 002 de mayo 8 de 1984 emanado del honorable Concejo Municipal de Tunja, "por el cual se reordena el funcionamiento

y la nominación de las Inspecciones Municipales de Policía, el Juzgado de Ejecuciones Fiscales y la Inspección de Precios, Pesas y Medidas, se señalan requisitos para el ejercicio de dichos cargos y los del personal subalterno de los Despachos y se dictan otras disposiciones".

Concretamente, en la demanda se solicita la nulidad de los artículos tercero, quinto, sexto, séptimo, decimocuarto, decimoquinto y decimoséptimo del Acuerdo No. 002 de 1984.

En el artículo 3º. se dispone que:

"Los Inspectores podrán ser reelegidos por una sola vez para un período igual y en ningún caso podrán ocupar el mismo despacho que desempeñaban en el período anterior".

En los artículos 5º, 6º y 7º se establece que para ocupar los cargos de Inspector de Policía; de Precios, Pesas y Medidas; de Juez de Ejecuciones Fiscales y de Secretario de los Despachos anteriores, además de las exigencias legales, deberán satisfacerse "preferencialmente" las respectivas calidades profesionales que en los mismos artículos se indican.

El artículo 14 ordena al Personero Municipal, como agente del Ministerio Público, practicar por lo menos una visita trimestral a cada una de las inspecciones que funcionan en el Municipio; levantar un acta de tales visitas, calificar en ellas el desempeño del funcionario y enviar copias de ellas a la Procuraduría Regional de Tunja y al Alcalde de dicha ciudad si encontrare fallas en los despachos visitados.

En el artículo decimoquinto se suprimen los cargos de Jefe de la Sección de Justicia y de Secretaría de ese Despacho.

Y, en el decimoséptimo se dice que:

"El presente acuerdo rige a partir de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias".

Normas citadas como violadas y concepto de la violación.

Según la parte demandante, el Acuerdo acusado viola las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Artículos 62 y 197 de la Constitución Nacional de 1886;

Artículos 143, 171, 169 numeral 4º y 241 de la Ley 4ª de 1913;

Ley 30 de 1969;

Artículos 10 y 11 del Decreto Nacional 49 de 1932.

SECCION PRIMERA

Al concepto de violación se referirá la Sala en la medida en que las circunstancias lo requieran.

LA SENTENCIA APELADA:

Mediante fallo pronunciado el quince de julio de mil novecientos noventa y dos, el Tribunal se pronuncia sobre las pretensiones de la demanda, denegándolas, por las razones expresadas en la parte motiva, que son, entre otras:

"La demanda estableció el concepto de la violación de los artículos atacados, de la siguiente manera: Respecto del artículo tercero del citado Acuerdo lo considera violatorio del artículo 245 de la Ley 4ª de 1913 en tanto considera que no existe norma constitucional o legal que prohíba expresamente la reelegibilidad indefinida en sus cargos de los funcionarios que menciona el artículo tercero impugnado.

"Respecto de los artículos quinto, sexto y séptimo *idem*, los señala como violatorios del artículo 62 de la Constitución Política en tanto que 'es el Congreso de la República a quien corresponde única y exclusivamente en forma restringida por medio de leyes, señalar la exigencia de calidades, requisitos, antecedentes y *demás condiciones necesarias para el desempeño de ciertos empleos de cualquier nivel,* lo cual debe hacer por medio de leyes'. Por consiguiente no le era dable al Concejo Municipal de Tunja -señala- establecer requisitos para el desempeño del cargo de Inspectores de Policía; de Precios, Pesas y Medidas; Juez de Ejecuciones Fiscales y Secretarios de los cargos citados.

"Considera además que estos artículos son violatorios del artículo 241 del Código de Régimen Político y Municipal con fundamento en idénticas razones a las ya planteadas.

"Respecto del artículo decimocuarto considera que es violatorio del artículo 763 del Decreto 409 de 1971 por cuanto las visitas 'a presos' mensualmente, que allí se estableció (sic), se reservaban únicamente para los funcionarios judiciales mas no así para los denominados Inspectores Municipales de Policía.

"Respecto del artículo decimoquinto lo considera violatorio del artículo 10 de la Ley 30 de 1969 pues considera que lo dispuesto en la norma acusada no se aviene con el contenido general del Acuerdo,

ni con lo estipulado en el acápite introductorio agregando modificaciones no relacionadas con el fin y objetivo para el cual fue dictado.

"Respecto del artículo decimoséptimo no hace comentario alguno.

"Anota la Sala que es incuestionable el que, conforme a la Carta, compete al Congreso Nacional determinar la estructura de la Administración Pública Nacional, atribución que obviamente comprende la creación de empleos y señalamiento de condiciones y requisitos para su desempeño. Lo anterior referido exclusivamente al orden nacional.

"Pero en tratándose ya no del orden nacional sino del departamental y municipal existe facultad similar a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales. Son los artículos 187 y 197 de la Constitución Nacional anterior los que consagraban tales atribuciones, hoy numeral 6º del artículo 313 de la nueva Carta Política.

"Conforme al ordinal 3º del artículo 197, la estructura de la Administración Municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, corresponde trazarlos a los Concejos Municipales, entendiéndose que debe serlo a iniciativa del Alcalde como sucede analógicamente a nivel Departamental o Nacional. Así mismo, la creación de entes descentralizados del orden municipal, corresponde a los Concejos Municipales, conforme a las normas que determine la ley.

"Este precepto constitucional se halla reiterado en la Ley en los artículos 97 y siguientes del Código de Régimen Político y Municipal, y artículos 288 y 289 del Decreto 1333 de 1986, por el cual se expidió el Código de Régimen Municipal, normas éstas que son claras y determinantes."

Más adelante, la sentencia distingue, en el Acuerdo demandado, dos clases de disposiciones, siendo unas de carácter administrativo laboral dictadas con el fin de asegurar la selección del personal, señalando requisitos de idoneidad para el ejercicio de empleos de carácter municipal, con particular referencia a los Empleados de las Inspecciones de Policía. Las otras son, dice el Tribunal, meramente organizativas y funcionales, como son las atinentes al período de ciertos funcionarios, el

número y nominación de las Inspecciones Municipales de Policía así como su ámbito territorial de conocimiento.

En cuanto a las primeras, "que constituyen el motivo de inconformidad del libelista" y para cuyo análisis el *a quo* toma como base el principio de la descentralización administrativa, expresa el fallo apelado:

> "La Constitución de 1886 con sus múltiples reformas, reconocía la descentralización administrativa regional y local al garantizar la autonomía de los departamentos y de los municipios para la administración de sus propios asuntos y para la reglamentación de sus respectivos servicios dentro de los límites allí señalados (art. 182, 1987 -sic- numeral 1º., 197, numeral 1º Constitución Política de 1886). Principios reafirmados en la nueva Carta Política de 1992 (sic), en los artículos 1º, 300, y 313 entre otros.
>
> "En consecuencia los Departamentos y Municipios tienen derecho a proveer en todo aquello que sea de su administración y que no haya sido reservado por la Constitución o la Ley.
>
> "Como ninguna norma constitucional o legal prohíbe a las Asambleas, ni a los Concejos Municipales señalar requisitos de idoneidad para el desempeño de los empleos de las plantas de personal de los Departamentos y de los Municipios, se concluye que el Municipio de Tunja al proferir el Acuerdo No. 002 de 1984 en tal sentido actuó dentro del campo de la autonomía administrativa que le es propia."

Después de otros análisis sobre los sistemas establecidos tanto en la antigua como en la nueva Constitución y sobre las facultades otorgadas a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales sobre la determinación de la estructura de la administración, las funciones de las distintas dependencias y las escalas de remuneración, el *a quo* concluye que "el Concejo Municipal de Tunja al proferir el Acuerdo impugnado: por el que se reordena el funcionamiento y la nominación de las Inspecciones Municipales de Policía, el Juzgado de Ejecuciones Fiscales y la Inspección de Precios, Pesas y Medidas, se señalan requisitos para el ejercicio de dichos cargos y los de personal subalterno de esos despachos, lo hizo conforme al artículo 197 numeral 3º, en cuanto a las disposiciones impugnadas constituyen sólo medidas de carácter circunstancial y por tanto son de naturaleza administrativa". Con base en lo anterior deduce:

> "Por consiguiente es incuestionable que los cargos regionales y locales pueden ser regulados en lo relativo a los requisitos de

idoneidad por las entidades territoriales que los crean, como ha sucedido en el *sub judice* con el Acuerdo No. 002 de mayo 8 de 1984."

LA SUSTENTACION DEL RECURSO:

Al sustentar su alzada, el actor comienza por criticar el retardo del Tribunal en resolver el asunto y basando su decisión en contravía de la normativa legal vigente al momento de producirse el acto. Estas son sus palabras:

"No estoy de acuerdo con la tardía sentencia proferida por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, seis años después de impetrada la demanda, cuando en la sentencia de julio 15 de 1992 decide, contrariando la realidad normativa supralegal vigente para la fecha en que el acto acusado se dictó, denegar la nulidad demandada, ya que el Acuerdo 002 de mayo 8 de 1984 del Concejo Municipal de Tunjá, es violatorio en todo su articulado, en forma clara, objetiva y directa de disposiciones del orden constitucional y legal, tal como se relacionara, imponiéndose la prosperidad de las pretensiones del libelo."

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El actor en primer término acusa el artículo 3º del Acuerdo 002 del 8 de mayo de 1984.

Este artículo dice:

"Los Inspectores podrán ser reelegidos por una sola vez para un período igual y en ningún caso podrán ocupar el mismo Despacho que desempeñaban en el período anterior."

Aduce el nulidiscente, que el Concejo Municipal de Tunja, al establecer una limitación a la duración para el desempeño de los cargos de inspectores al disponer que solamente podían ser reelegidos por una sola vez, se está arrogando una facultad que es de competencia privativa de la Constitución Nacional o de una Ley dictada por el Congreso de la República y que, por tanto, se está contraviniendo en forma directa el artículo 245 del Código de Régimen Político y Municipal que establece la reelegibilidad indefinida como principio general para el desempeño de destinos públicos remunerados a cualquier nivel en el sector oficial del país.

En la disposición acusada, se pueden distinguir dos partes: La primera, prohíbe la reelección de los inspectores más de una vez. La

segunda, dispone que (si son reelegidos) no podrán ser designados para el mismo despacho que ocuparon en el primer período.

Es la primera parte la que merece la atención de la Sala ya que lo que se dispone en segundo término es una iniciativa meramente administrativa que no está expresamente prohibida por la ley y que no es particularmente atacada por el actor.

La norma señalada como violada por el actor como desobedecida, es el artículo 245 del Código de Régimen Político y Municipal, en plena vigencia al momento de expedirse el Acuerdo:

> "Todo empleado público puede ser reelecto indefinidamente, salvo los casos exceptuados expresamente por la Constitución o la ley..."

La violación, como se ve, es ostensible. Y en la sentencia, que además de ser tardía, como justificadamente la llama el apelante, es incompleta, se hizo caso omiso de la flagrante violación, error que será enmendado en este proveído. Es que mal podría un Acuerdo Municipal ir en contravía de una disposición legal, en este conciso caso, de la Ley 4ª de 1913.

Por este aspecto, la Sala tendrá que revocar la sentencia apelada en cuanto denegó la nulidad del artículo 3º del Acuerdo demandado.

Impugna también el actor los artículos 5º, 6º y 7º del Acuerdo 002, porque considera que son violatorios de lo reglado en el artículo 62 de la Constitución Nacional de 1886, ya que, en su sentir, según dicha norma, únicamente el Congreso por medio de leyes en estricto sentido puede establecer calidades, antecedentes y requisitos para el desempeño de empleos y, en tal virtud, el Concejo Municipal de Tunja no podía entrar a dictar normas como las contenidas en el Acuerdo impugnado, señalando arbitrariamente requisitos y calidades para el desempeño de los cargos de Inspectores de Policía, de Precios, Pesas y Medidas, Juez de Ejecuciones Fiscales y Secretarios de los citados despachos.

Fundamenta el actor esta impugnación en el artículo 62 de la Constitución Nacional anterior según el cual "la ley determinará... las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución...".

Los artículos 5º, 6º, y 7º disponen respectivamente que para ocupar los cargos de Inspector de Policía, de Precios, Pesas y Medidas, de Juez de Ejecuciones Fiscales y de Secretario de los anteriores despachos, además de las exigencias consagradas en la ley deberán satisfacerse

requisitos, tales como ser abogado, o haber terminado y aprobado estudios de derecho, de tener alguna experiencia, de haber desempeñado ciertos cargos o haber cursado determinados estudios, según el caso.

Las anteriores normas son, al parecer de la Sala, de carácter administrativo laboral, donde se están señalando requisitos de idoneidad para el ejercicio de empleos de carácter municipal, a la luz de lo dispuesto en el artículo 185-5 de la Constitución Nacional según el cual se otorgaba a los Concejos Municipales la facultad de determinar la estructura de la administración del Municipio, las funciones de las distintas dependencias y las escalas de remuneración; dentro de la descentralización administrativa que la misma Constitución Nacional reconoce en el artículo 197-1 a los municipios para la administración de sus propios asuntos y para la reglamentación de sus respectivos servicios.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que "los Departamentos y los Municipios tienen derecho a proveer en todo aquello que sea de su administración y que no haya sido revocado por la Constitución o la Ley" y que "como ninguna norma constitucional o legal prohíbe a las Asambleas ni a los Concejos Municipales señalar requisitos de idoneidad para el desempeño de los empleos de las plantas de personal de los Departamentos y de los Municipios, debe concluirse que cuando las citadas entidades al dictar ordenanzas y acuerdos en ese sentido, actúan dentro del campo de la autonomía que le es propia". (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de julio de 1985, Expediente 11011, Consejero Ponente, doctor Eduardo Suescún Monroy).

A la precitada providencia corresponden los siguientes apartes:

"El actor sostiene que los actos acusados violan el precepto del artículo 62 de la Constitución según el cual, la ley determinará las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos en la Constitución.

"Basta observar la redacción del precepto y tener presente el contexto de la constitución, para establecer sin lugar a duda, que su aplicación es francamente restrictiva y que no tiene, por tanto, el alcance que le concede la demanda.

"Las mismas voces de la norma advierten que esta restricción, consistente en que las condiciones de idoneidad para el desempeño de los empleos sólo pueden fijarse a través de una ley dictada por el

Congreso, no tiene relación con todos los empleos sino únicamente con 'ciertos empleos, en los casos no previstos en la Constitución'.

"Conforme a la frase transcrita esos empleos son sólo los de carácter constitucional o legal, cuando la Constitución o la ley al crearlos, han dejado de señalar las condiciones para su desempeño.

"Entre los empleos de carácter constitucional que, por falta de reglamentación constitucional sobre las calidades para su ejercicio, son objeto directo de este precepto del artículo 62 se encuentran los de Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador de Departamento, Alcalde, Personero y Tesorero Municipales. En estos casos resulta apenas lógico que sea el Congreso de la República el que entre a llenar 'la omisión' constitucional, por cuanto se trata de cargos de los cuales depende la dirección misma de las instituciones político-administrativas establecidas en la Carta. Empleos cuyos requisitos de ingreso pueden ser señalados por los Departamentos y los Municipios.

"No tendría sentido, en cambio, que el Congreso se ocupara de señalar las condiciones de idoneidad para el desempeño de empleos que no tienen carácter constitucional o legal, como es el caso de los diversos empleos que los Departamentos y los Municipios han tenido que crear a través de ordenanzas o acuerdos para la atención de sus necesidades específicas.

"En efecto, la Constitución establece para estos últimos empleos un sistema especial de autonomía regional y local que incluye necesariamente la competencia para indicar las respectivas condiciones de ingreso. Así los artículos 187-5 y 197-3 otorgan a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales la facultad normativa laboral para determinar la estructura de la administración, las funciones de las distintas dependencias y las escalas de remuneración. Y el artículo 194-4 atribuye al Gobernador la facultad administrativa laboral de crear, suprimir y fusionar los empleos, así como la de señalar las funciones especiales y fijar sus emolumentos, con la excepción prevista en el artículo 187-8, según la cual corresponde a las Asambleas mediante ordenanzas 'organizar la Contraloría Departamental' y por lo mismo, crear, suprimir y fusionar los empleos de esa entidad.

"En consecuencia, la asamblea del Meta al dictar las disposiciones examinadas, mediante las cuales fijó requisitos para el desempeño de

cargos de la Contraloría de ese Departamento, lo hizo conforme al citado artículo 187-8, en cuanto esas disposiciones constituyen sólo medidas de carácter circunstancial y por tanto son de naturaleza claramente administrativa."

En consecuencia con lo anterior, la Sala en cuanto al punto anterior tendrá que confirmar la providencia recurrida.

Otro de los artículos acusados en estas diligencias es el decimocuarto. En él se ordena:

"El Personero Municipal, como Agente del Ministerio Público, practicará por lo menos una visita trimestral a cada una de las Inspecciones que funcionan en el Municipio.

"Los Inspectores Municipales de Policía realizarán por lo menos una visita mensual de presos. El no cumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta."

Alega el demandante la violación del artículo 763 del Decreto 409 de 1971 ya que, a deducirse por su interpretación de dicha norma, allí no se habla de Inspectores de Policía.

Dice así la norma invocada por el actor:

"*Visita semanal de funcionarios.* Los establecimientos de detención preventiva serán visitados todos los sábados por el juez o jueces en lo penal residentes en el lugar del establecimiento, acompañados de sus secretarios, de los respectivos Agentes del Ministerio Público y de la primera autoridad política del lugar o su representante.

"En las cabeceras de distrito judicial presidirán las visitas de cárceles, por turno, los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior."

No observa la Sala la violación en este aspecto señalada por el actor, porque la norma acusada (art. 14 del Acuerdo No. 002 de 1984), no guarda relación con la disposición citada como violada (art. 763 del Dec. 409 de 1971) ya que ésta se refiere a los jueces y aquélla a los Inspectores de Policía.

Ahora, respecto a la acusación del artículo 15 del Acuerdo objetado, mediante el cual se suprimen los cargos de Jefe de la Sección de Justicia y su Secretaría, los escrúpulos jurídicos del libelista, no parecen tener justificación, toda vez que si se mira el encabezamiento del acto del Concejo de Tunja, bien se observa que, además de reordenar el funciona-

miento y la nominación de las Inspecciones Municipales de Policía; el Juzgado de Ejecuciones Fiscales y la Inspección de Precios, Pesas y Medidas, de señalar requisitos para el ejercicio de dichos cargos y los del personal subalterno de esos despachos, reza además: "y se dictan otras disposiciones". Una de ellas es, obviamente, la que configura el artículo decimoquinto, la cual por lo demás, está dentro de la categoría de las atribuciones a cargo de los Concejos según el numeral 5º del artículo 197 de la Constitución Nacional: "Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias...".

En relación con el artículo decimoséptimo no se pronuncia esta Sala en razón a que de él tampoco se ocupó el *a quo* porque, el accionante no sustentó el cargo.

Se impone entonces que, en esta segunda instancia, al estar la decisión del tribunal de acuerdo con la doctrina definida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia ya reseñada en este proveído, se confirmará dicha decisión con excepción de lo atinente al artículo tercero del acto administrativo demandado en el que, con clara violación de una norma superior, se tomaron determinaciones sobre la reelección de los Inspectores de Policía del Municipio de Tunja.

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 contado con el concepto de la señora Agente del Ministerio Público,

FALLA:

Primero. Confírmase el fallo apelado en cuanto deniega la nulidad de los artículos 5º, 6º, 7º, 14 y 15 del acuerdo acusado.

Segundo. Revócase el fallo apelado en cuanto denegó la nulidad del artículo 3º del Acuerdo acusado y en su lugar, se dispone:

Decrétase la nulidad del artículo tercero del Acuerdo 002 de 1984, emanado del Concejo Municipal de Tunja en la parte que dice: "Los Inspectores podrán ser reelegidos por una sola vez, para un período igual".

Tercero. En firme esta providencia, vuelva 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 21 de enero de 1993.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez,* ausente; *Yesid Rojas Serrano.*

CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA RESIDUAL / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES / CONTROL JURISDICCIONAL / NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA

Esta corporación es competente para conocer de la acción, pues esta clase de decretos no están expresamente atribuidos a la Corte Constitucional por el artículo 241 de la Carta, ni por el artículo 20 transitorio de la misma, como acontece con otros de esa índole, y tiene el Consejo de Estado una competencia residual en materia de control de constitucionalidad. Aun cuando es cierto que el Constituyente de 1991 no les dio a los decretos del ejecutivo que expidiera en uso de dichas facultades conferidas por el artículo 20 transitorio, el carácter de decretos-ley o con fuerza de ley, como sí lo hizo en ejercicio de facultades concedidas en otras disposiciones constitucionales transitorias, también lo es que los decretos dictados en ejercicio de la facultad concedida en el artículo 20 transitorio, tienen fuerza de ley por razón de las materias de que se trata, las cuales tienen que ver con la atribución del artículo 150 de la Carta Política, reservada exclusivamente al Congreso de la República.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., enero 28 de 1993

Ref.: Expediente número 2249.

Acción de Nulidad.

Actor: Carlos Manuel Angarita Salgado.

El ciudadano *Carlos Manuel Angarita Salgado*, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita de esta corporación la declaratoria de nulidad de los

numerales 4º, 7º, 8º, 21 y 23 del artículo 7º del Decreto 2150 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el señor Presidente de la República con la firma de sus Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social, y el Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL

En capítulo especial de su demanda, el accionante solicita el decreto de suspensión provisional de los numerales 7º, 8º, 21 y 23 del artículo 7º del decreto acusado, por cuanto considera que, de una sencilla comparación de los mismos con la norma constitucional señalada como violada, o sea, el artículo 20 transitorio de la Carta Política de 1991, se observa una flagrante contradicción entre ellos, ya que este último sólo faculta al ejecutivo para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades del sector público, y no para decretar nuevas facultades a tales entidades con obligaciones concomitantes para los administrados.

Además, observa que en cuanto al numeral 7º que faculta al Superintendente del Subsidio Familiar, "para solicitar a las entidades vigiladas los estados financieros..." para que formule observaciones, las cuales serán de obligatoria consideración por parte de la entidad vigilada, no sólo reproduce una norma ya declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia 35 de 1982, sino que está en contradicción con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 43 de 1990, que establece la presunción de validez de los estados financieros rubricados por contador público con matrícula.

Que, en cuanto hace relación al numeral 8º, allí se está consagrando la coadministración de las Cajas de Compensación Familiar por la Superintendencia del Subsidio Familiar al establecerse que esta entidad puede "definir" "los planes de desarrollo" y "necesidades básicas insatisfechas" de las mismas; y que, además la contradicción se encuentra con la norma superior, si se tiene en cuenta que la Superintendencia no tenía anteriormente esa facultad, según se desprende del artículo 6º, literal e) de la Ley 25 de 1981.

Anota el accionante, que la Superintendencia mencionada fue creada como una entidad de vigilancia y no de administración de las entidades

sociales de carácter privado sin ánimo de lucro que vigilan, como las Cajas de Compensación.

Que, por lo que respecta al artículo 20 transitorio de la Carta Política, tampoco se autorizó la nacionalización de dichas Cajas que se estaría decretando con su administración por parte del Estado al poder definirles sus planes de desarrollo, pues para ello existen las leyes, como la 21 de 1982.

Que el numeral 21 del artículo 7º del decreto acusado, por el cual se establecen multas de hasta 100 salarios mínimos para los funcionarios y directivos de las Cajas de Compensación, es contrario a la norma constitucional citada, por cuanto se incrementan dichas sanciones económicas ya señaladas por la Ley 25 de 1981, sin que el artículo 20 transitorio de la Constitución autorice tales incrementos.

Que, además, es competencia privada del Congreso de la República señalar las faltas que constituyen delito o contravención y elevar el monto de las sanciones o penas a los ciudadanos colombianos por infracción a las leyes, y, por lo mismo, no se podía por el Ejecutivo fijar una pena de carácter confiscatorio a los empleados de las Cajas y crear como delito o contravención el hecho de "no observar las instrucciones de la Superintendencia, pues no había facultad para ello".

Se viola, además, flagrantemente el artículo 34 de la Constitución, que prohíbe las penas de confiscación, pues las sanciones pueden llegar hasta los ocho millones de pesos, y no tienen previamente definidas las faltas por las cuales podrían imponerse, sino que simplemente se impondrían por cualquier error que se pueda cometer infringiendo la ley o los estatutos de las Cajas, o simplemente por desobedecer las instrucciones de la Superintendencia, causal que no estaba prevista en el artículo 15 de la Ley 25 de 1981.

Finalmente, en lo tocante al numeral 23 del artículo 7º del decreto acusado, dice el accionante que las medidas cautelares que se crean por medio de esa norma, no existían como tales en la Ley 25 de 1981, pues en el artículo 15 de ella sólo se encontraba la sanción pecuniaria de hasta $30.000, y la Intervención Administrativa, pero no como medidas cautelares.

El hecho de convertir las sanciones en medidas cautelares lo hace la Superintendencia, con el fin de que, seguramente mediante la reglamen-

tación posterior, los recursos de reposición se tengan que conceder en el efecto devolutivo.

La decision:

PARA DECIDIR, SE CONSIDERA:

1. Esta Corporación es competente para conocer de la acción, pues esta clase de decretos no están expresamente atribuidos a la Corte Constitucional por el artículo 241 de la Carta, ni por el artículo 20 transitorio de la misma, como acontece con otros de esa índole, y tener el Consejo de Estado una competencia residual en materia de control de constitucionalidad de ellos (art. 237-1 ib.).

2. El artículo 20 transitorio de la Constitución de 1991, facultó al Gobierno Nacional, durante el término de 18 meses, contados a partir de su entrada en vigencia y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, para suprimir, fusionar y reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

3. Aun cuando es cierto que el Constituyente de 1991 no les dio a los decretos del Ejecutivo que expidiera en uso de dichas facultades, el carácter de decretos-ley o con fuerza de ley, como sí lo hizo para los dictados en ejercicio de facultades concedidas en otras disposiciones constitucionales transitorias, como se puede observar de la lectura de los artículos transitorios números 10, en concordancia con el artículo 5º y 39, también lo es que los decretos dictados en ejercicio de la facultad concedida en el artículo 20 transitorio, tienen fuerza de ley por razón de las materias de que se trata, las cuales tienen que ver con la atribución 7ª del artículo 150 de la Carta Política, reservada exclusivamente al Congreso de la República.

4. De acuerdo con lo anterior se tiene, entonces, que la preexistencia de leyes, en sentido formal y material, con las cuales real o aparentemente se puedan encontrar en contradicción, algunas de las disposiciones contenidas en decretos de la misma naturaleza del acá demandado, no

pueden servir de fundamento para impetrar la nulidad y previa suspensión provisional de los decretos con fuerza de ley expedidos en ejercicio de las facultades concedidas al Ejecutivo por medio del artículo 20 transitorio de la Constitución de 1991, pues se trataría de normas jurídicas generales que estarían en el mismo nivel dentro de la escala de las normas positivas de derecho y, por lo mismo, no podría predicarse el quebrantamiento de unas por parte de otras de esas normatividades.

5. Por lo mismo, en principio, no se puede alegar que el Ejecutivo al expedir esos decretos con fuerza de ley, señalando faltas que constituyen delito o contravención y estableciendo sanciones o penas, o elevándolas, esté desconociendo el principio *Nullum crimen sine lege, Nulla Poena sine lege,* por ser esas materias reservadas a la competencia constitucional del Congreso de la República.

6. Tampoco, *prima facie*, encuentra la Sala que, con la consagración legal de determinada sanción económica, que pueda considerarse de determinada magnitud, en principio, pueda hablarse de pena de confiscación, y, por consiguiente, de quebrantamiento del artículo 34 de la Carta que prohíbe su imposición.

7. Finalmente, considera la Sala que ésta no es la oportunidad procesal para definir hasta dónde iban las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno Nacional, por medio del artículo 20 transitorio de la Carta, y en especial la relativa a la reestructuración de las diferentes dependencias de la Rama Ejecutiva y de sus entidades descentralizadas, con el fin de *ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional de 1991 y, en especial,* con la *redistribución de competencias* y *recursos que ella establece,* pues ello requiere un estudio de fondo, propio de la sentencia que ponga término al proceso.

Por consiguiente, no es procedente el decreto de suspensión provisional solicitado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1. *Admítese* la demanda promovida por el ciudadano Carlos Manuel Angarita Salgado, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de los numerales 4º, 7º, 8º, 21 y 23 del artículo 7º del Decreto 2150 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, y téngase como

parte demandada a la *Nación*-Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Trabajo y Seguridad Social, y así mismo al -Departamento Administrativo del Servicio Civil-.

2. Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera ante lo Contencioso del Consejo de Estado.

3. Notifíquese personalmente esta providencia a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y Seguridad Social, y al Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil, con entrega de copias de la demanda y de sus anexos.

4. Deposite el demandante en la Secretaría de la Sección, la suma de dos mil pesos ($2.000), para gastos del proceso, dentro del término de ocho (8) días.

5. Solicítese a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República el envío de los antecedentes administrativos. Término: quince días.

6. Fíjese en lista por el término de cinco días, para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del Código Contencioso Administrativo.

7. *Niégase* la suspensión provisional de las normas acusadas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y Seguridad Social, y a la Dirección del Departamento Administrativo del Servicio Civil, y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha enero 28 de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REGLAMENTACION DE CODIGOS / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites / PRINCIPIO DE AUTONOMIA JUDICIAL

Ni en el texto de la Ley 38/89 ni en ninguna otra norma legal le fueron conferidas por el legislador al ejecutivo precisas facultades extraordinarias para reglamentar aspectos o materias relacionadas con los Códigos de Procedimiento Civil y Laboral, por lo cual con la expedición del acto acusado, se afectó la autonomía de la Rama Jurisdiccional. La potestad reglamentaria no puede invadir la zona de reserva legal ni afectar la naturaleza intrínseca de la norma reglamentada; no puede el Gobierno, so pretexto de ejercer dicha potestad, introducir normas nuevas, preceptos que no se desprendan de las disposiciones legales, o que no estén implícitas en ellas. Declara la nulidad de los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario 2980 de 20 de diciembre de 1989, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., enero 28 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expedientes acumulados números 1387, 1389, 1398 y 1407.

Actores: Wolfran Armando Hutter Rizo, Alejandro Saravia Romero, Carlos Augusto Patiño Beltrán y José A. Pedraza Picón y otra, respectivamente.

Procede la Sala a dictar sentencia para resolver las demandas que ante esta Corporación y en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, instauraron los ciudadanos Wolfran Armando Hutter Rizo, Alejandro Saravia Romero, Carlos Augusto Patiño Beltrán y José A. Pedraza Picón y otra, contra el Decreto Reglamentario número 2980 de 20 de diciembre de 1989, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamenta el

artículo 16 de la Ley 38 de 21 de abril de 1989, y que han dado lugar, en su orden, a los Procesos números 1387, 1389, 1398 y 1407, acumulados mediante auto de 6 de diciembre de 1992 proferido en el Expediente 1387.

I. EL ACTO ACUSADO

El texto del decreto cuya nulidad se impetra es el siguiente:

"Artículo 1º. Las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables.

Artículo 2º. En el evento de que por cualquier causa se hubiere decretado y practicado o se decrete y practique el embargo o secuestro sobre las rentas y recursos a que se refiere el artículo anterior, el juez que esté conociendo del proceso ordenará en cualquier estado del mismo, su desembargo a más tardar al día hábil siguiente a aquel en que se le haya presentado certificación del Director General de Presupuesto o su Delegado sobre el carácter de dichos bienes.

Artículo 3º. Siempre que se ordene el desembargo de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, el Juez deberá de oficio condenar en costas y perjuicios a quien haya pedido tal medida.

Artículo 4º. El incumplimiento de lo establecido en el presente decreto, dará lugar a la imposición de las sanciones establecidas en la ley.

Artículo 5º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga la normas que le sean contrarias."

La norma reglamentada, en el artículo 16 de la Ley 38 de 1989, es del siguiente tenor:

"Artículo 16. *Inembargabilidad.* Las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables. La forma de pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes."

II. LOS PROCESOS ACUMULADOS

II.1 *Proceso número 1387* - Actor: Wolfran Armando Hutter Rizo.

II.1.1 *Petitum.* En la demanda correspondiente a este proceso se solicita la nulidad de los artículos 2º y 3º del acto acusado.

II.1.2 *Causa petendi.* Considera el actor que con el artículo 2º acusado se infringieron las siguientes normas por las razones que se resumen a continuación:

Primer cargo

Violación del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional (de 1886) y del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, por cuanto se presenta un exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria, ya que por ésta sólo se completa la ley fijando y desarrollando los detalles de aplicación de lo preceptos que ésta contiene, pero no se pueden dictar disposiciones nuevas, como ocurre con la norma impugnada, pues se establece su aplicación retroactiva a procesos en los cuales "se hubiere decretado y practicado" el embargo o secuestro.

Segundo cargo

Igualmente se quebranta el artículo 26 de la Constitución Nacional porque el contenido del artículo 2º del Decreto 2980 de 1989 se refiere a situaciones y a procesos iniciados o gestados con anterioridad a su vigencia, contrariando el señalado precepto constitucional que previene que la ley sólo rige para el futuro, es decir, que no tiene aplicación retroactiva, pues este efecto opera sólo excepcionalmente en materia penal cuando la norma sea permisiva o favorable.

Tercer cargo

Hay también, dice el actor, transgresión del artículo 26 de la Carta Constitucional en cuanto a las formas que regulan el debido proceso, concretamente en relación con los términos judiciales y etapas procesales a que se refieren los artículos 334 y 335 del Código de Procedimiento Civil; 2º y 100 del Código de Procedimiento Legislativo, entre otros, que resultan desconocidos al establecer el artículo 2º, acusado, que el desembargo de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación puede solicitarse y ordenarse en cualquier estado del proceso.

Se señala igualmente en esta censura que no sólo por el artículo 2º sino también por el 3º, acusados, se violan dichas disposiciones, a la vez que los artículos 17 de la Constitución Nacional y 4º del Código de Procedimiento Civil, porque convierten las obligaciones laborales que tiene el Estado con sus ex trabajadores en irredimibles al permitir que sean las entidades públicas las que discrecionalmente determinen cuándo se pueden cubrir dichas obligaciones, y por cuanto si no se solicitase la

medida de embargo y secuestro en el juicio ejecutivo que se instaure contra el Estado para que éste cumpla con las referidas obligaciones, tal proceso perdería su razón de ser. De allí que cuando se cumplan los requisitos que exige el Código de Procedimiento Civil, entre los que se cuentan la obligación clara, expresa y actualmente exigible que consta generalmente en la resolución o acto administrativo (título) por el cual se ordena el pago incondicional de una cantidad cierta de dinero, para solicitar y decretar la aludida medida cautelar, no le es dable al juez negarla teniendo como sustituto lo expuesto en las normas atacadas.

Cuarto cargo

Por el artículo 3º demandado se infringe, anota el actor, el artículo 2º del Decreto-ley 196 de 1971, toda vez que cuando los profesionales del derecho solicitan el embargo dentro de un proceso ejecutivo para obtener la efectividad de un derecho sustantivo, están empleando una medida lícita y cumpliendo con uno de sus deberes como abogados, por lo que no pueden ser condenados oficiosamente en costas.

II.2 *Proceso número 1389.* Actor: Alejandro Saravia Romero, Coadyuvante: Martha Doris Garzón Avella.

II.2.1 *Petitum.* En la demanda correspondiente a este proceso se pide la nulidad de los artículos 2º y 4º del decreto impugnado.

II.2.2 *Causa petendi.* Estima el actor que con dichos artículos se infringieron las siguientes normas por las razones que se resumen a continuación:

Primer cargo

Por artículo 2º se viola el artículo 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional, porque excedió los límites de la potestad reglamentaria al imponer al juez la aplicación perentoria del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, sin reparar que esta norma de orden fiscal está supeditada por la procesal que se recoge en el artículo 101 del Código de Procedimiento Legislativo, infringiéndose también la regla 2ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, al relegar la ley procesal para darle prelación a la presupuestal.

Segundo cargo

Violación de los artículos 55 y 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional y 124 del Código de Procedimiento Civil. Por el artículo 2º se da al juez la orden terminante de desembargar un día después de recibir

un certificado del Director General del Presupuesto, en el que se diga que los bienes afectados están exentos de embargo. Su facultad deliberativa queda así eliminada, despojado de toda apreciación de la ley que aplica. Y por el artículo 4º se le advierte que el incumplimiento a esta orden dará lugar a la imposición de sanciones en su contra. Entonces, su única salida es obedecer, decretando el desembargo pedido. Se desconoce así por completo la autonomía de los jueces, consagrada en el artículo 55 de la Constitución; al igual que se produce un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Subraya que las regulaciones atinentes al ejercicio jurisdiccional han sido en todo tiempo del resorte de la ley, siendo por esto que el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, que dice relación a términos judiciales, ha sido vulnerado por el artículo 2º acusado.

Tercer cargo

Por el artículo 4º impugnado se violó el artículo 62 de la Carta Fundamental que reserva a la ley la determinación de los casos de responsabilidad en que incurran los funcionarios y el modo de hacerla efectiva. Ante el artículo 4º, dice el actor, la "única medida que tiene el juez es obedecer decretando el desembargo pedido", coartando su autonomía.

La coadyuvante trae argumentos semejantes a los esgrimidos por el actor en este proceso.

II.3 *Proceso número 1398.* Actor: Carlos Augusto Patiño Beltrán.

II.3.1 *Petitum.* En la demanda correspondiente a este proceso se solicita la nulidad de los artículos 2º, 3º y 4º del acto acusado.

II.3.2 *Causa petendi.* Estima el actor que con dichas disposiciones se infringieron las siguientes normas por las razones que se resumen a continuación:

Primer cargo

Violación de los artículos 76 ordinal 2º y 120 ordinal 3º de la Constitución Política, porque ni en el texto de la Ley 38 de 1989 ni en ninguna otra norma legal se le otorgaron facultades al ejecutivo para que reglamentara materias de los Códigos de Procedimiento Civil y Laboral y del régimen disciplinario de los funcionarios judiciales.

Segundo cargo

El artículo 4º al tratar de imponer sanciones en el ejercicio del poder judicial, alteró su autonomía con claro quebranto de los artículos 55 y 160 de la Carta.

4. *Proceso número 1407.* Actores: José A. Pedraza Picón y Luz Beatriz Pedraza Bernal.

II.4.1 *Petitum.* En la demanda correspondiente a este proceso se solicita la nulidad del Decreto 2980 de 20 de diciembre de 1989.

II.4.2 *Causa petendi.* Estiman los demandantes que con el Decreto impugnado se violaron las siguientes normas por las razones que se sintetizan a continuación:

Primer cargo

Violación de los artículos 26, 30, 55 y 120-3 de la Constitución Nacional y 12 de la Ley 153 de 1887, por cuanto por el decreto acusado el Estado se hace parte en los procesos ejecutivos desalojando a quienes tienen interés jurídico particular en cada uno de ellos, desconociendo los principios consagrados en el artículo 26 de la Carta; introduce normas nuevas con alcance retroactivo que lo hacen inaplicable a voces con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, infringiéndose así, igualmente, los artículos 55, 76 y 120-3 de la Carta, norma esta última que también se transgrede, por exceso en su ejercicio.

Segundo cargo

Se viola el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 que se dice reglamentar por el decreto acusado, toda vez que aquella disposición no autoriza para reformar el Código de Procedimiento Civil, como éste lo hace.

Tercer cargo

Hay quebranto del artículo 76 ordinal 10 de la Constitución, toda vez que deja al arbitrio del juez fijar el monto de las costas y perjuicios que debe de pagar quien haya pedido la medida de embargo de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación.

Cuarto cargo

Sostienen finalmente los actores que el decreto acusado es inconstitucional porque la Ley 38 de 1989 es igualmente inexequible al tenor de lo dispuesto en el artículo 210 de la Carta Fundamental, ya que se impide

a los ciudadanos cobrar sus créditos y los priva de la respectiva acción judicial sobre el patrimonio del Estado.

III. TRAMITE DE LA ACCION

A todas las demandas se les dio el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: Admisión de demanda (habiéndose decretado en ésta la suspensión provisional de los arts. 2º y 3º del Dec. 2980 de 1989 en los procesos núms. 1389 y 1398), fijación en lista (durante la cual en ninguno de los procesos las partes hicieron solicitud ni manifestación alguna) y traslado para alegar de conclusión, derecho del cual sólo hizo uso la parte actora en el Proceso 1407.

No hubo etapa probatoria por cuanto las partes no solicitaron la práctica de pruebas.

III.1 *Concepto del Ministerio Público*

La señora Procuradora Primera Delegada para lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado manifiesta en su vista reglamentaria que comparte el criterio sentado por la sala en el auto de 27 de junio de 1990, mediante el cual suspendió los efectos de los artículos 2º y 3º del decreto acusado, y estima que las razones allí consagradas son suficientes para que se decrete la nulidad de dichas disposiciones. Respecto del artículo 4º acusado, estima que no sería ilegal toda vez que apenas reitera el contenido del literal a) del artículo 9º del Decreto-ley 1888 de 1989.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como bien se observa en la reseña precedente sobre las censuras enderezadas contra los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 2980 de 20 de diciembre de 1989, "por el cual se reglamenta el artículo 16 de la Ley 38 de 21 de abril de 1989", y que dictó el Presidente de la República "en ejercicio de la facultad que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional", coinciden todas en señalar que la potestad reglamentaria consignada en esta última disposición fue ejercida por el Ejecutivo con exceso, razón por la cual ella fue transgredida.

Los argumentos que se aducen en este cargo, común a todos los procesos son, en esencia, los de que ni en el texto de la Ley 38 de 1989 ni en ninguna otra norma legal se le otorgaron facultades al Ejecutivo para que reglamentara materias de los Códigos de Procedimiento Civil y Laboral y del régimen disciplinario de los funcionarios de la Rama

Judicial y que, conforme al artículo 76 ordinal 2º de la Constitución de 1886, es competencia del Congreso de la República; que se introducen normas nuevas que lo hacen inaplicable según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887; que al consignarse en el artículo 2º del acto acusado que el desembargo se ordenará "a más tardar el día siguiente a aquel en que se le haya presentado certificación del Director General de Presupuesto o su Delegado sobre el carácter de dichos bienes" se desborda no sólo el marco de la ley reglamentada sino también el del citado artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, que establece los términos para dictar las resoluciones judiciales, y que se desconoce la autonomía de la Rama Judicial consagrada en el artículo 55 de la Constitución de 1886.

Es decir, que los actores señalan que con la infracción de estas normas se produjo un ejercicio ilegal de la Potestad Reglamentaria.

Precisa señalar que los postulados y competencias a que se refieren las citadas disposiciones constitucionales mantienen su vigencia en la normatividad de la nueva Carta Fundamental, así: la del artículo 55, en el canon 113; la del artículo 76 ordinal 2º en el precepto 150 numeral 2º, y la del artículo 120 ordinal 3º en el artículo 189 ordinal 11.

Esta Sala, con ponencia del Consejero doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, en el auto de 8 de marzo de 1990, proferido en el Proceso acumulado 1389, por el cual se admitió la demanda y se resolvió la suspensión provisional solicitada, consignó que evidentemente el artículo 2º de acto acusado quebranta de manera manifiesta el Poder Reglamentario previsto en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, al establecer que el desembargo se ordenará "a más tardar al día hábil siguiente a aquel en que se haya presentado certificación del Director General de Presupuesto o su Delegado sobre el carácter de dichos bienes", ya que ciertamente no sólo desborda el marco de la ley reglamentada (art. 16 de la Ley 38 de 1989), sino también el del citado artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, que establece los términos para dictar las resoluciones judiciales, los cuales no pueden ser variados por una norma de carácter simplemente reglamentario. Hizo notar la Sala en esa oportunidad que el principio de la jerarquía normativa implica que las normas reglamentarias no sólo deben respeto a la ley reglamentada sino a toda norma que tenga categoría superior, razones por las cuales en el referido auto se decretó la suspensión provisional del artículo 2º demandado en la expresión antes señalada, decisión que posteriormente fue extendida a la

totalidad del artículo mediante auto de 7 de septiembre de 1990, que resolvió la reposición interpuesta por el actor contra el auto de 8 de marzo en mención, al ordenarse que se estaba a lo decidido en el ordinal 5º del auto de 27 de junio de 1990, proferido en el expediente acumulado número 1398, actor Carlos Augusto Patiño Beltrán, mediante el cual esta sección Primera decretó la suspensión provisional de los artículos 2º y 3º del Decreto 2980 de 20 de diciembre de 1989.

Pero es más, y como se ha advertido en el curso del proceso, corresponde al Congreso hacer las leyes, por medio de las cuales ejerce, entre otras atribuciones, las de interpretar, reformar y derogar las leyes; expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones; dictar las normas orgánicas del Presupuesto Nacional; y revestir *pro tempore* al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. Pero ni en el texto de la Ley 38 de 1989 ni en ninguna otra norma legal le fueron conferidas por el Legislador al Ejecutivo precisas facultades extraordinarias para reglamentar aspectos o materias relacionadas con los Códigos de Procedimiento Civil y Laboral, por lo cual, con la expedición del Decreto 2980 de 1989, a través de sus artículos 2º y 3º, se afectó la autonomía de la Rama Jurisdiccional consagrada en el artículo 55 de la Constitución de 1886, que corresponde al artículo 113 de la nueva Carta Política.

Ahora bien, la Potestad Reglamentaria no puede invadir la zona de reserva legal ni afectar la naturaleza intrínseca de la norma reglamentada. La "cumplida ejecución de las leyes" se realiza por medio de los llamados Decretos Reglamentarios que tienen por objeto hacer eficaz, activa y plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. No puede el Gobierno, so pretexto de ejercer dicha Potestad, introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, o que no estén implícitas en ellas.

En el auto de 27 de junio de 1990, al que atrás se acaba de hacer referencia, la Sala abundó y ahondó en reflexiones sobre la viabilidad de la censura que se viene analizando. Entre otras razones se expusieron allí las siguientes:

> "... En el caso a la consideración de la Sala, se encuentra que el legislador adoptó, mediante los mecanismos constitucionales respectivos, las codificaciones contentivas del procedimiento civil

(actualmente el Decreto extraordinario 2282 de octubre 7 expedido en desarrollo de la Ley 30 de 1987 y antes el Decreto extraordinario 1400 de 1970) y el laboral, en esos ordenamientos se encuentra regulado hasta el más elemental detalle, el trámite de embargo y desembargo de bienes y las consecuencias de embargar aquellos que, como las rentas y los recursos incorporados al presupuesto general de la nación, no pueden ser objeto de esa medida ejecutiva. Todo ello nos indica que con uso de su potestad, el Congreso no dejó espacio reglamentable en esas materias.

La lectura de los artículos 2º y 3º del Decreto 2980 de 1989 nos dice que el Gobierno y no el Congreso le está señalando a los jueces y tribunales una conducta para ejecutar en el transcurso de los juicios donde se decretan embargos y secuestros de rentas y recursos incorporados al presupuesto nacional y le está ordenando disponer una condena a quien pide esas medidas de ejecución.

A primera vista se trata de normas procedimentales cuyo fin es gobernar la ritualidad de los juicios ejecutivos en la parte correspondiente a los embargos y secuestros de bienes. Por tanto, son disposiciones que por su naturaleza deben figurar en los respectivos códigos de procedimiento cuya expedición se hace mediante ley del Congreso de la República porque así lo ha decidido el Constituyente colombiano (art. 76, núm. 3º)...

Cuando el artículo 120, número 3º de la Constitución dice que 'Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes', nos indica que se trata, como la jurisprudencia colombiana lo ha dicho en múltiples ocasiones, de una facultad cuyo fin es el de asegurar la ejecución de la ley, (su contenido es general y sometido en todo a la primacía de la ley) que instrumenta. Su fin no es el de ejecutar la ley sino permitir su ejecución. En tal virtud la potestad reglamentaria es fuente de una normatividad que está a merced de la ley que define formal, orgánica y materialmente sus límites. De ella no puede extraer *per se* el ejecutivo la atribución de regular las conductas de los jueces ni de las personas creando incidentes, oportunidades procesales, estableciendo sanciones para las partes, etc., puesto que en el orden legal, el Congreso entró a prescribir detalladamente el procedimiento propio de los juicios

ejecutivos y especialmente los incidentes de embargo y secuestro de bienes.

Si leemos el artículo de la ley que dice reglamentar el decreto acusado, vemos que él busca proteger los recursos del presupuesto sustrayéndolos a cualquier medida ejecutoria de las obligaciones a cargo del Estado. De esa manera no pueden ser objeto del embargo y secuestro como aquellos bienes de los particulares y otros del Estado que no tengan el carácter de rentas y recursos incorporados al presupuesto. Del artículo 16 de la Ley 38 de 1989 no se deduce que el legislador faculte al Presidente para que señale conductas procesales a los jueces en el trámite de los juicios ejecutivos ni para que prescriba condenas en costas y perjuicios.

Tampoco del texto de los actuales Códigos de Procedimiento Civil y Laboral se infiere que necesiten de precisiones reglamentarias o de medidas que instrumenten su ejecución y aplicación porque estos cuerpos normativos ya han gobernado, con diferentes fórmulas, el tema de que se ocupa el decreto acusado. Estas hipótesis que pretende manejar el ejercicio del poder reglamentario, tendrían viabilidad constitucional en los términos de las facultades extraordinarias del artículo 76, número 12 de la Constitución Nacional y no en los señalados por el 120, número 3 de esa misma obra política.

La potestad reglamentaria está efectivamente desbordada al ingresar al Gobierno en la órbita del Congreso puesto que los artículos 2º y 3º del Decreto 2980 de 1989 no se concretan a asegurar la ejecución de la ley del presupuesto, sino que regulan aspectos propios de las normas que gobiernan los procedimientos de cada juicio...

Ocurre, ya se dijo, que en el caso presente el legislador ocupa la totalidad de la materia reglamentable, excluyendo formal, orgánica y materialmente el oficio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, quien al emplearla mediante el decreto demandado, quebrantó los códigos de procedimiento civil y laboral y, por supuesto las prescripciones constitucionales vigentes..."

Las reflexiones consignadas en los autos antes mencionados y las otras razones aquí esbozadas son suficientes a la Sala para deducir inequívocamente que los artículos 2º y 3º del acto acusado son adversos al régimen institucional, pues concretamente han infringido los artículos 124 del C. de P. C., 55 y 76 ordinal 2° de la Constitución de 1886 (hoy 113

y 150 ord. 2º de la Carta de 1991, respectivamente), configurándose así un exceso en el ejercicio de la Potestad Reglamentaria consagrada en el artículo 120 ordinal 3º de la derogada Constitución de 1886, postulado que hoy se reproduce en el artículo 189 ordinal 11 de la nueva Constitución.

Ante la prosperidad de los agravios que se señalan en las anteriores censuras, se hace innecesario el examen de los otros cargos que se les endilgan a los artículos 2º y 3º del decreto demandado en los procesos acumulados.

Con respecto al artículo 4° demandado los cargos (3º en el Proceso 1389 y 2º en el Proceso 1398, *reseñados* en esta providencia) se contraen a sostener que la facultad de sancionar a los jueces y magistrados está conferida a los respectivos superiores y no al ejecutivo, conforme a la previsión contenida en el artículo 160 de la Constitución y que a través del mencionado artículo 4º se quebranta la autonomía de dichos funcionarios.

A este respecto la Sala reitera lo expresado en el auto de 8 de marzo de 1990, también ya citado y proferido en el proceso acumulado 1389, en el sentido de que el simple hecho de que una norma precise la decisión que debe tomar una autoridad no constituye por sí mismo una ilegalidad, ya que las competencias pueden ser discrecionales o regladas. En verdad, la Sala encuentra que la previsión de este artículo no incide en nada en el ordenamiento jurídico, ya que se limita a recordar el principio disciplinario general según el cual las autoridades que incumplan las normas vigentes están sometidas a las sanciones legales establecidas para estos casos.

Complementa la anterior apreciación lo que esta misma Sala dispuso en el pluricitado auto de 27 de junio de 1990, proferido en el proceso acumulado 1398, reiterado en el auto de 7 de septiembre de 1990 dictado en el proceso acumulado 1389, con cuyos razonamientos se denegó la suspensión provisional solicitada en los referidos procesos.

Allí se consignó lo siguiente:

"... El artículo 4º del Decreto 2980 de 1989 dice: que el incumplimiento de lo allí establecido dará lugar a las sanciones previstas en la ley. El cargo contra él se limita a sostener que el régimen disciplinario de los empleados de la Rama Jurisdiccional es competencia del Congreso de la República y que por lo tanto el Gobierno violentó el artículo 76. Es una norma que ha debido expedirse con apoyo en facultades

extraordinarias, cosa que no ocurre con la Ley 38 de 1989. Además, el artículo 4º desconoce que la Constitución en su artículo 160 confiere la facultad de sancionar a los jueces y magistrados a los respectivos superiores y no al ejecutivo.

"No aparece demostrado con los razonamientos anteriores la manifiesta contradicción del acto demandado con la ley o la Constitución porque el artículo 4º no está imponiendo sanción alguna como sostiene el demandante al invocar el artículo 160 de la Constitución Nacional. El actor, por otra parte, no señala con claridad las normas legales y constitucionales que resultan quebrantadas por ese artículo puesto que afirmar indefinidamente que se ha desconocido el régimen disciplinario de los funcionarios del poder Judicial y que esa normativa es competencia del Congreso no tiene relación de congruencia con una simple manifestación como la contenida en la prescripción cuya suspensión se pide. Su texto no tiene más alcance que el definido, precisamente, en el régimen disciplinario, el cual puede ser aplicado, por ejemplo, si se desconoce el carácter inembargable de las rentas y recursos incorporados al presupuesto de la Nación. En presencia de esa hipótesis podríamos afirmar que el juez que desatienda tan expresa prohibición legal e insiste en el embargo y el secuestro podría ocasionarle la sanción señalada en la ley..."

De estas consideraciones fluye la conclusión lógica de que el artículo 4º acusado no es violatorio de la Constitución, como lo sugieren los demandantes en los procesos acumulados números 1389 y 1398.

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

FALLA:

1º Declárase la nulidad de los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario 2980 de 20 de diciembre de 1989, expedido por el Gobierno Nacional.

2º Deniéganse las demás súplicas de las demandas.

3º Devuélvanse las sumas depositadas por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

4º En firme esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión del día veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ARANCEL DE ADUANAS / REGIMEN DE ADUANAS

Después de una nueva y más detenida reflexión, estima ahora la Sala que no se observa* prima facie *la violación flagrante del artículo 1º de la Ley 6ª/71 por parte de las disposiciones acusadas, pues mientras éstas se refieren al régimen de aduanas para sancionar irregularidades que en él se concretan, aquél alude a las modificaciones en el arancel aduanero que parece ser el otro objetivo de la Ley Marco citada. El Gobierno está facultado para modificar el régimen de aduanas y el Congreso puede a través de leyes cuadro señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para modificar las disposiciones concernientes al régimen de aduanas. Estas circunstancias pueden llevar a pensar que las medidas de control, las sanciones y los procedimientos establecidos en las normas acusadas son de competencia del gobierno si es que ellas se consideran como parte integrante del régimen aduanero dada la generalidad propia de la ley marco y los términos que distinguen la ley y la norma constitucional. Revoca la suspensión provisional de los efectos de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto 1105 de 1992, del Gobierno Nacional, decretada en auto de noviembre 13 de 1992.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., enero 29 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2192.

Decretos del Gobierno.

Actor: Jesús Vallejo Mejía.

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por la Nación -Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio

Exterior-, contra el auto del 13 de noviembre de 1992, en cuanto se decretó 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.

Para decretar la suspensión provisional se consideró que mediante el acto acusado el Gobierno modifica el régimen aduanero sin que tal medida obedezca a razones de política comercial y sin que se halle conforme con las pautas generales de la ley marco respectiva.

Es así como en el auto impugnado se dice:

"En efecto, al establecer infracciones en el uso del sistema informático (art. 3º); las sanciones y procedimientos relativos la manifiesto de carga y a la operación de contrabando (arts. 4º, 5º, 6º y 7º); 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."

Se estimó también en aquella oportunidad que las disposiciones cuya medida precautelativa se solicita, no encuentran 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".

Al respecto se argumentó:

"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 reestructuración 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 exenciones 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."

LOS RECURSOS DE REPOSICION

Son interpuestos por los apoderados tanto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público como del de Comercio Exterior.

El primero de ellos argumenta en esencia lo siguiente:

La comparación que para efectos de la suspensión provisional ordena el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, no ha debido hacerse con el artículo 1º de la Ley 6ª de 1971, sino con el artículo 3º de la misma, que fija las normas generales a las que ha de sujetarse el Gobierno para modificar el Régimen de Aduanas y que por tanto fue invocado por el Gobierno dentro de las facultades para expedir el citado decreto.

Las normas acusadas no transgreden las disposiciones a que se refiere el artículo 1º de la Ley 6ª de 1971, sencillamente no las consulta por ser ajenas a la materia en él regulada.

"Señalar en el Decreto 1105 de 1992, infracciones en el uso del sistema informático, establecer sanciones relativas al manifiesto de carga, señalar las que correspondan a la operación de contrabando y disponer el procedimiento para la aplicación de tales sanciones, no constituyen aspectos que riñan o quebranten de manera manifiesta y ostensible las normas generales dispuestas por la ley en su artículo 1º, ya que éstas están referidas a regular la actualización de la nomenclatura y sus correspondientes reglas de interpretación, la reestructuración de los desdoblamientos de las posiciones de la nomenclatura, la actualización de las normas de valoración de las mercancías, la restricción o derogatoria de exenciones de derechos arancelarios y la variación en la tarifa, aspectos totalmente diferentes a la introducción de modificaciones al régimen de aduanas."

Es incontrovertible la potestad sancionatoria que tiene el Gobierno a través del marco que le proporciona el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 para modificar el régimen de aduanas, dada la generalidad propia de las leyes marco reconocida constitucional y jurisprudencialmente, -en virtud de la cual se considera que restringe y limita la competencia del Congreso a legislar- sólo sobre las normas generales que contengan objetivos y

criterios, dejando al Gobierno en forma total la facultad de desarrollar y ampliar, dentro de los cauces fijados por la ley marco, los asuntos fundamentales del Estado en las materias señaladas en el artículo 50, numeral 19 de la Constitución Política.

La Ley Marco de Aduanas en su artículo 3º, facultó al Gobierno para modificar el régimen de aduanas el cual hace referencia a toda una legislación que abarca disposiciones de control, dentro de las cuales se encuentran las infracciones o faltas a dicho régimen y las sanciones que conforme al mismo proceden.

Si el Gobierno a través de la Ley Marco de Aduanas, la 6ª de 1971, tiene la facultad para revisar permanentemente todas las disposiciones vigentes en materia aduanera, y considerando que la imposición de sanciones hace parte de las normas vigentes, está facultado por el artículo 3º de la citada ley para imponer sanciones por el incumplimiento de las normas aduaneras.

El Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas a cuyas recomendaciones debe remitirse el Gobierno para introducir modificaciones al Régimen de Aduanas, aprobó el "Convenio Internacional de Kyoto del 18 de mayo de 1973, el cual en el Anexo H-2 'dispone las condiciones en que las autoridades aduaneras investigan y comprueban las infracciones a la legislación aduanera, *al igual que la represión de las mismas infracciones*' ".

Tanto la tipificación de la conducta, infracción o falta administrativa, como la sanción que le corresponde y el procedimiento para su aplicación, deben ser establecidos en la legislación aduanera, teniendo en cuenta la especialización de la materia.

La Ley 6ª de 1971 no obstante ser anterior a la vigencia de la Constitución de 1991, hace cabal expresión de las pautas a las que debe ceñirse el Gobierno para instrumentar una verdadera política comercial.

El Comercio Exterior es ante todo un hecho económico y como tal, la legislación sobre la materia responde necesariamente a la política comercial del Gobierno.

Por su parte, el señor apoderado del Ministerio de Comercio Exterior expone, en síntesis, los siguientes argumentos:

La Sala, al considerar que el Gobierno al proferir el decreto acusado no actuaba por razones de política comercial ni de conformidad con ley

marco alguna que contemple tales razones, desconoce la existencia de la Ley Marco de Comercio Exterior, por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país y se dictan otras disposiciones.

Existe una política comercial, evidenciada en las nuevas medidas de modernización de la economía y del comercio exterior, diseñada por el Consejo Nacional de Política Económica y Social y por el Departamento Nacional de Planeación a partir de febrero de 1990, cuyas principales características están contenidas en el documento Conpes denominado "Programa de Modernización de la Economía Colombiana", en el cual se define la política de racionalización del control de las importaciones y de protección a la industria nacional puesta en marcha por el Gobierno mediante leyes y decretos que han impulsado lo que se ha denominado la apertura económica.

El decreto impugnado, lo mismo que otros estatutos relacionados con aduanas, aranceles y comercio exterior fueron dictados por el Gobierno con base en la Ley Marco de Comercio Exterior y en la política comercial de apertura.

Si bien es cierto que la Ley 6ª de 1971 no trae normas generales de sanciones y procedimientos de carácter punitivo, la atribución del Gobierno establecida en el artículo 189, numeral 25 de la Constitución Nacional, es decir, la de establecer los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas, conlleva las de fijar sanciones administrativas y procedimientos, pues de lo contrario se haría totalmente nugatoria dicha atribución.

En fin, los defensores del decreto acusado, basados en los argumentos que han quedado sintetizados, concluyen en la improcedencia de la suspensión provisional porque no se advierte que con el Decreto 1105 de 1992 se haya infringido en forma ostensible las disposiciones invocadas como fundamento de la medida precautelativa.

IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandante impugna los recursos interpuestos y para tales efectos considera que las normas acusadas no se expidieron por razones de política comercial y que tampoco están en consonancia con la Ley 6ª de 1971 que dicen desarrollar.

Que la consulta a las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas y al Código Aduanero Uniforme de ALALC, es para efectos de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley 6ª de 1971;

Que la Constitución de 1991, redujo sustancialmente las competencias legislativas y cuasi legislativas del Gobierno en razón de facultades extraordinarias, poderes de emergencia, aplicación de leyes marco o funciones intervencionistas;

Que con la nueva Constitución se operó un cambio de fondo al precisar que las atribuciones del Gobierno en lo relativo al régimen aduanero sólo pueden ejercerse por razones de política comercial, las cuales son esencialmente distintas de las de orden punitivo.

Finalmente, que a la luz de la Carta Política de 1991, no puede darse a los decretos reglamentarios de leyes marco la connotación de actos con fuerza legislativa, por lo que mal pueden disponer sobre temas que como los que tocan con el Derecho Punitivo son de reserva del legislador.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con motivo de la demanda de nulidad contra el Decreto 1105 de 1992 el actor solicitó la suspensión provisional de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del mencionado estatuto.

El artículo 3º del decreto acusado establece para el usuario con servicio de conexión en el uso del sistema informático, una multa hasta del uno por ciento del valor CIF de las importaciones realizadas durante los seis meses anteriores a la fecha de su imposición cuando incurra en alguna de las siguientes irregularidades:

1ª Poner al consumo mercancías no declaradas.

2ª Declararlas en forma irregular.

3ª Pretermitir los procedimientos y controles del sistema.

4ª Alterar las bases de datos o efectuar manipulaciones indebidas a los sistemas de información de la Aduana.

Mediante el artículo 4º, el Decreto 1105 establece la aprehensión inmediata y el consiguiente decomiso cuando la empresa transportadora no presente Manifiesto de Carga o se hallare mercancía no relacionada en él; además una multa equivalente al ciento por ciento del valor determinado por la aduana para la mercancía aprehendida y otra de hasta veinte

salarios mínimos legales mensuales, cuando se presente el Manifiesto de Carga sin los requisitos básicos contemplados en el reglamento.

En el artículo 5º el ordenamiento acusado señala el procedimiento para la aplicación de las sanciones relativas al Manifiesto de Carga.

Por medio del artículo 6º, el Gobierno en el decreto censurado dispone una sanción del doscientos por ciento del valor de la mercancía determinado por la aduana, cuando la Dirección General de Aduanas establezca por cualquier medio, que se han introducido mercancías a zona secundaria del país sin el lleno de los requisitos legales.

En el artículo 7º del acto que nos ocupa, se ordena el procedimiento para imponer la anterior sanción por operación de contrabando.

Y, en el artículo 8º se dictan las normas reguladoras del recurso de reconsideración que el afectado puede interponer contra la resolución de sanción o decomiso según el caso.

En la solicitud de suspensión provisional considera el actor que las anteriores disposiciones infringen en forma manifiesta los artículos 150 numeral 19, literal c) y 29 de la Constitución Nacional, porque el Gobierno sólo puede modificar lo concerniente al régimen de aduanas, por razones de política comercial y no por medio de normas de carácter punitivo reservadas a la ley.

Anota también el accionante que el Decreto 1105 de 1992 transgrede en forma manifiesta los artículos 1º y 3º de la Ley 6ª de 1971, porque las directivas que allí se señalan para las modificaciones que el Gobierno podía introducir en el régimen aduanero no versan sobre régimen punitivo.

Observa la Sala en esta oportunidad que el Decreto 1105 de 1992, en la parte acusada dicta normas concernientes al régimen de aduanas en otras palabras, tal como lo dice su encabezamiento "modifica parcialmente el régimen de aduanas". En este sentido nada impide afirmar que las sanciones por la venta de mercancías no declaradas, o declaradas en forma irregular; por la pretermisión de los procedimientos y controles del sistema aduanero; por la alteración de los datos de información de la Aduana; por el ingreso indebido de mercancías al territorio colombiano; por el contrabando, etc., lo mismo que el procedimiento para sancionar tales irregularidades, son disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

En las condiciones anteriores, lo dispuesto por el Decreto acusado no se halla en contradicción con lo contemplado en la Ley 6ª de 1971, concretamente en su artículo 3º donde se expresa uno de los objetivos de dicha ley, esto es, la modificación del régimen de aduanas.

Y si bien es cierto que dicho artículo 3º ordena que las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero Uniforme acordado para la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera no se advierte a primera vista su violación por parte de las normas acusadas, ya que para llegar a esa conclusión y tal como se consideró sobre este aspecto en el auto impugnado, habría la necesidad de indagar, comparar y demostrar sobre si ellas consultan las recomendaciones, los estudios y la técnica a los que alude la norma.

Así mismo, en esta materia surge la necesidad de dilucidar el sentido del término "consultar" que trae la norma para ver si solamente implica enterarse de su contenido y tenerlas como pautas, o si el significado de tal término llega hasta tener que solicitar y obtener asesoría de los organismos internacionales allí referenciados para modificar la legislación.

De otro lado, después de una nueva y más detenida reflexión, estima ahora la Sala que tampoco se observa *prima facie* la violación flagrante del artículo 1º de la Ley 6ª de 1971 por parte de las disposiciones acusadas, pues mientras éstas se refieren al régimen de aduanas para sancionar las irregularidades que en él se concretan, aquél alude a las modificaciones en el arancel aduanero que parece ser el otro objetivo de la ley marco tantas veces citada. Dilucidar si se trata del mismo tema o de asuntos diferentes es motivo de estudio y análisis en la oportunidad en la que se vaya a dictar sentencia y no en la de ahora cuando de lo que se trata es de observar a primera vista y sin necesidad de lucubración alguna la transgresión manifiesta de la ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 el Gobierno está facultado para modificar el régimen de aduanas; y, según el artículo 150, numeral 19, literal c) de la Constitución Nacional, el Congreso puede, por medio de leyes cuadro señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para entre otros efectos modificar, por razones de política comercial, las disposiciones concernientes al régimen de aduanas. Estas circunstancias pueden llevar a

pensar que las medidas de control, las sanciones y los procedimientos establecidos en las normas acusadas son de competencia del Gobierno si es que ellas se consideran como parte integrante del régimen aduanero dada la generalidad propia de la ley marco y los términos que distinguen la ley y la norma constitucional citada.

Recuérdese que la Ley 6ª de 1971, según su título, es aquella 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*, y que el artículo 150, numeral 19, literal c) de la Carta Magna, contempla la posibilidad de que el Gobierno, previa reglamentación contenida en la ley cuadro, modifique, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y *demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas*. Además, el artículo 189, numeral 25 de la Constitución Nacional, señala al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, la función de "modificar los aranceles, tarifas *y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas*". (Destacados son de la Sala). Nada obsta por ahora para considerar que entre esas "demás disposiciones" tengan cabida las de carácter punitivo objetadas por el actor.

La apreciación anterior se fortalece habida consideración de que la competencia reglamentaria que el Gobierno ejerce con base en una ley marco es amplia y en esta medida diferente de la que se deriva del simple reglamento, hasta el punto de que puede llegar a modificar normas anteriores siempre que se haga dentro del límite facultativo de la ley marco respectiva.

En lo que respecta a las "razones de política comercial" que de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal c) de la Constitución Nacional, deben mover al Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, debe decir ahora la Sala que por este aspecto queda muy difícil estructurar una supuesta violación de la Ley 6ª de 1971, por la sencilla razón de que este estatuto ni siquiera las contempla ya que fueron introducidas en el nuevo ordenamiento constitucional, esto es, con posterioridad a la expedición de la ley.

Dichas razones de política comercial, no han sido aún definidas, por lo que sería este punto por dilucidar, un motivo adicional para no suspender los efectos del acto acusado.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que las medidas tomadas en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 son aplicables para las relaciones internacionales que tienden a proteger los intereses comerciales del país, a evitar el contrabando, a controlar el ingreso y la salida de las mercancías nacionales para protegerlas frente a las importadas, puede pensarse, por todas las anteriores razones, que las medidas acusadas son de carácter económico y responden a razones de política comercial dentro del nuevo modelo económico que en la actualidad adopta el Gobierno.

En virtud de lo expuesto, la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Revocar el auto de 13 de noviembre de 1992, proferido dentro del expediente de la referencia y en su lugar, *Denegar* 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 y notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 28 de enero de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DECRETO EJECUTIVO / MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL - Estructura / CONGRESO - Funciones

Por medio del Decreto 1422 de 1989 se establece la estructura orgánica del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y se determinan las funciones de sus dependencias. Mediante el decreto acusado, la administración, haciendo uso de su facultad que le otorgaba el ordinal 21 del artículo 120 de la anterior Carta Política, señala las funciones no de las dependencias del Ministerio - atribución del Congreso- sino las de sus funcionarios, en una correcta aplicación del referido ordinal 21. De allí que la doctrina nacional mayoritariamente se incline con justa razón por clasificar los decretos que el Presidente expida en ejercicio de esta función, como "ejecutivos", y no reglamentarios, pues salta a la vista al observar el contenido de las normas que en aquella virtud expide, que no son propiamente "para la debida ejecución de la ley", sino que mediante ella se asume la función para el giro normal y corriente de los asuntos administrativos a que se refiere el citado ordinal 21.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 4 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Expediente número 2143.

Acción de nulidad contra el numeral 1º del artículo 9º del Decreto No. 1096 de 25 de abril de 1991.

Actor: José del Carmen Cárdenas Sánchez.

I. El ciudadano y abogado José del Carmen Cárdenas Sánchez, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante esta

Corporación la nulidad del numeral 1º del artículo 9º del Decreto número 1096 de 25 de abril de 1991, expedido por el Presidente de la República y "por el cual se asignan competencias a las dependencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

La disposición acusada reza:

"Artículo 9º. El Subdirector de Prestaciones Económicas es competente para:

"1. Autorizar las exoneraciones de que trata el artículo 21 del Decreto 118 de 1957."

II. FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA DEMANDA

Se resumen así:

1. En el Decreto 118 de 21 de junio de 1957 "por el cual se decretan aumentos de salarios, se establece el Subsidio Familiar y se crea el Servicio Nacional de Aprendizaje", se dispuso en el artículo 21 que: "El Ministro de Trabajo podrá exonerar en todo o en parte del cumplimiento del presente Decreto a los patronos que comprueben que su aplicación pone en grave peligro su estabilidad económica. Tales exoneraciones se concederán para períodos no mayores de un año, a juicio del Ministerio, y serán revisables en cualquier momento de oficio o a petición de parte".

2. La organización administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha venido siendo modificada por decretos-ley, entre otros los ya derogados 658 de 1974 y el 062 de 1976. Por este último, por medio de su artículo 27, literal f), se trasladó la facultad concedida exclusivamente al Ministerio de Trabajo, por el Decreto 118 de 1957, a la Dirección General de la Seguridad Social.

3. El 30 de junio de 1989 el Presidente de la República expide el Decreto-ley 1422, "por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y se determinan las funciones de sus dependencias", señalando en el artículo 5º las correspondientes al Ministro.

4. Posteriormente se expide el Decreto 1096 de 25 de abril de 1991, para reglamentar el Decreto extraordinario 1422 de 1989, y en su artículo 2º señala que "las competencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1422 de 1982, y las demás normas sobre la materia, son las siguientes:"

SECCION PRIMERA

5. En el artículo 3º del Decreto 1096 se señalaron en seis (6) numerales las funciones del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, sin que en alguna de ellas se le concediera la que otrora le dio el artículo 21 del Decreto 118 de 1957.

6. El Decreto 1422 de 1989 señaló en su artículo 44 las funciones de la Subdirección de Prestaciones Económicas. Sin embargo, en el Decreto 1096, reglamentario, al enunciar la competencia de ese funcionario, le asignó en el numeral 1 del artículo 9º la de "Autorizar las exoneraciones de que trata el artículo 21 del Decreto 118 de 1957".

7. El Decreto-ley 1422 de 1989 deroga expresamente en el artículo 89 el Decreto 062 de 1976, que antes regulaba la organización administrativa y funciones del Ministerio de Trabajo, así como las demás disposiciones que le sean contrarias.

8. Además de las citadas normas legales, se han expedido otras para regular íntegramente el "Subsidio Familiar" como la Ley 21 de 1982, y sobre el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, como lo es el Decreto-ley 3123 de 1968. Y tanto en el artículo 93 de aquélla como en el artículo 35 de éste, se hace derogatoria expresa de todas las disposiciones que le sean contrarias.

9. El Decreto 118 de 1957 fue la norma que sólo en principio dio origen al Sena, pues apenas dijo en su artículo 8º: "Créase el Servicio Nacional de Aprendizaje a cargo de los patronos a que se refiere el artículo anterior", es decir, que no le definió ni estructuró. La referencia está hecha a aquel artículo que estableció el Subsidio Familiar a cargo de todos los patronos y establecimientos públicos descentralizados con capital de cien mil pesos o superior, o que ocupan un número de trabajadores permanentes no inferior a veinte.

10. Pese a lo anterior, se expidió el 6 de agosto de 1957 el Decreto 164, que es la norma legal que verdaderamente crea el Sena como "...un organismo descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propio" (art. 1º), sin que en alguno de sus artículos se faculte al Ministro o a cualquier otro funcionario para exonerar de los aportes con que debían contribuir los patronos a la financiación de dicha entidad pública. Pero sí agregó este decreto en su artículo 38 que derogaba todas las disposiciones que le sean contrarias. Y en el Decreto 3123 de 1968 donde actualmente se establece la regulación del Sena tampoco aparece concesión alguna al Ministro de Trabajo para intervenir directamente en el manejo de su

administración, ni mucho menos para hacer exoneraciones de los aportes o contribuciones para su financiamiento.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

El actor estima como normas violadas las siguientes:

De la Constitución Política vigente al expedirse el Decreto 1096 de 1991, los artículos 20, 55, 57, 63, 76 numerales 9º y 12, 120 numerales 3º y 21, y 135. De la actual Constitución los artículos 6º, 113, 122 y 211.

Del Decreto 118 de 1957 el artículo 21; del Decreto 164 de 1957, los artículos 1º y 24; del Decreto 1050 de 1968, los artículos 1º, 3º, 5º, 12, 25, 26 y 28; del Decreto 3074 de 1968, el artículo 1º; del Decreto 3130 de 1968, el artículo 16; de la Ley 21 de 1982, los artículos 7º, 9º, 10, 12, 15, 42, 92 y 93; del Decreto 3123 de 1968, los artículos 1º, 3º, 8º, 9º, 11, 21 y 35.

Dice el demandante que la disposición acusada viola directamente los artículos 63 y 20 de la anterior Constitución, ratificados en su orden, por los artículos 122 y 6º de la actual, limitándose en su concepto a expresar, *mutatis mutandi*, el contenido de estas normas. También señala que se infringe el artículo 55 de la Carta de 1886, 113 de la actual, porque el Ejecutivo, al expedir aquella norma, ocupó una órbita de competencia que no le corresponde. Que, además, quebrantó el artículo 135 de la derogada norma superior 211 de la de 1991, porque se configuró una subdelegación de atribución en funcionario distinto de los relacionados en estas normas.

Afirma, igualmente, que si el Decreto impugnado fue expedido con base en el numeral 21 del artículo 120 de la anterior Constitución, ha debido ceñirse a lo previsto en el decreto reglamentado, pues es éste el que le señala la órbita de competencia y las funciones especiales que debe reglamentar. Y que del invocar el artículo 97 de la Ley 59 de 1990 como sustento del acto acusado, se concluye que el Presidente sólo podía destinar competencias a los funcionarios del Ministerio de Trabajo para sancionar a los empleadores que incumplan las leyes laborales en las cuantías que en dicho precepto se señalan. Y que a pesar de aquella fundamentación constitucional, lo cierto es que se trata de un decreto reglamentario expedido con arreglo al artículo 120-3 de la Carta Política.

Entonces, afirma el actor, al asignarse por el acto acusado a la Subdirección de Prestaciones Económicas la facultad de exonerar de los

aportes patronales con destino al Sena, el Presidente de la República desbordó las atribuciones descritas por el Decreto extraordinario reglamentado 1422, pues en éste no se le señaló tal competencia ni al Ministro ni al funcionario antes mencionado, y por tanto deviene inconstitucional.

Por otra parte, manifiesta el demandante que se violan los artículos 1º y 24 del Decreto 164 de 1957 porque un funcionario de menor rango que el Ministro tiene así injerencia directa en los recursos con que se financia el Sena: y transgrediéndose, de contera, los preindicados artículos de los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 3074 de 1974 que definen, respectivamente, cómo está integrada la rama ejecutiva del poder público; establecen las competencias y funciones de los ministerios; definen a los establecimientos públicos, como lo es el Sena; fijan reglas sobre la dirección, organización y administración de estos últimos; y se señala lo que es un empleo público y lo que ello comporta.

Así mismo, se infringen los artículos ya señalados del Decreto 3123 de 1968 porque no se respeta la estructura administrativa que se le ha dado al Sena por este estatuto y las demás normas legales ya citadas, como tampoco se respeta su autonomía jurídica y patrimonial.

También quebranta el acto acusado los artículos indicados de la Ley 21 de 1982, estatuto éste que regula todo el sistema del Subsidio Familiar, sin que en él se conceda a algún funcionario la facultad de hacer exoneración, ni del subsidio familiar, ni de los aportes al Sena.

Finalmente, señala que la facultad prevista en el artículo 21 del Decreto 118 de 1957 y en la parte impugnada del Decreto 1096, donde se autoriza la exoneración del Subsidio Familiar y de los aportes al Sena, al Ministro de Trabajo y a la Subdirección de Prestaciones Económicas, respectivamente, está derogada, porque si bien es cierto que el artículo 8º del Decreto 118 de 1957 ordenó la creación del Sena a cargo de los patronos, también lo es que en nada más se refirió a ello, y de allí que luego se expidiera el Decreto 164 de ese mismo año, que no sólo creó el Sena sino que también lo estructuró y lo puso a funcionar. Pero aunque se tome el Decreto 118 como el organizador del Sena, también es cierto que el Decreto 164, en el artículo 24, derogó toda la anterior normatividad que le fuera contraria, como sería la referente a la facultad de disponer del capital con que se financia y con que contribuyen los patronos al sostenimiento de esa entidad.

Ahora bien, si el Decreto 118 de 1957 estableció el Subsidio Familiar en Colombia, y hoy en día ese régimen está regulado por la Ley 21 de

1982, éste no sólo modificó dicho estatuto sino que además señaló todas las disposiciones relacionadas directamente con los aportes al Sena, y por ninguna parte aparece en esa Ley la posibilidad de efectuar exoneraciones, ni del subsidio familiar ni de los aportes.

Así que si la Ley 21 regula todo lo relacionado con el Subsidio Familiar y los aportes al Sena, es por principio declarada insubsistente o derogada la anterior normatividad, tal como lo predica el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

IV. TRAMITE DEL PROCESO

Mediante auto de 8 de octubre de 1992 fue admitida la demanda, y denegada la suspensión provisional que había sido impetrada y sustentada en escrito separado.

Por auto de 25 de noviembre de 1992 se tuvo por no contestada la demanda, por haber sido presentado el escrito extemporáneamente, y, además, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, pero ninguna de ellas hizo uso de este derecho.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Precisa inicialmente hacer referencia a la índole del Decreto acusado, dada su fundamentación en el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución (la entonces vigente) y la afirmación del actor en el sentido de que pese a ella se trata de un acto administrativo expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorgaba aquella Carta en su artículo 120, ordinal 3º.

El encabezamiento del Decreto 1096 de 1991, al cual pertenece la disposición acusada, dice así:

> "Por el cual se asignan competencias a las dependencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
>
> "El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de las facultades que le confiere la Constitución Política y en especial las que le otorga el ordinal 21 del artículo 120 y el artículo 97 de la Ley 50 de 1990,

"Decreta:

Este Decreto prescribe en su artículo 2º que:

"Las competencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1422 de 1989, y las demás normas sobre la materia, son las siguientes":

A continuación, del artículo 3º al 23 señala las competencias del Ministro, Viceministro, Secretario General, de los Directores Generales y de los Subdirectores, de Jefes de División y de Sección, de los Directores Regionales y de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social.

Del texto del ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución de 1886, se desprende que la fijación de la estructura de la administración es de competencia del Congreso, facultad que no se agota con la simple creación de ministerios y departamentos administrativos, sino que comprende también el señalamiento de las diversas dependencias que los integran y de sus funciones, siendo ésta, además, la práctica administrativa usual al respecto, como es igualmente usual que el Congreso delegue esta atribución en el Gobierno mediante el mecanismo de las facultades extraordinarias.

El Decreto 1422 de 1989, reiteradamente citado en el Decreto 1096 de 1991, es justamente uno de aquéllos. Por él se establece la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y *se determinan las funciones de sus dependencias.* Y por éste, la Administración, haciendo uso de la facultad que le otorgaba el ordinal 21 del artículo 120 de la anterior Carta Política (hoy se la da la nueva Constitución en el numeral 14 del art. 189) señala las funciones no de las dependencias del Ministerio -atribución del Congreso- sino las de sus funcionarios, en una correcta aplicación del referido ordinal 21.

De allí que la doctrina nacional mayoritariamente se incline con justa razón por clasificar los decretos que el Presidente expida en ejercicio de esta función como "ejecutivos", y no reglamentarios, como los que expide con fundamento en el ordinal 3º del artículo 120, pues salta a la vista al observar el contenido de las normas que en aquella virtud expide, que no son propiamente "para la debida ejecución de la Ley", como lo manda esta última preceptiva constitucional, sino que mediante ellas se asume la función para el giro normal y corriente de los asuntos administrativos a que se refiere el citado ordinal 21.

Pero que el Decreto 1096 de 1991 no era reglamentario, sino ejecutivo, no significa que no tenga un límite. En efecto, éste lo fija la misma disposición constitucional -ordinal 21 del artículo 120- cuando expresa que las funciones que en ella se consignan deben, al ejercitarse, sujetarse a las leyes a que se refiere el ordinal 9º del artículo 76 de la misma obra.

De otra parte, en el mismo Decreto impugnado se previene que las competencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social son las que en él se indican de conformidad con las señaladas en el Decreto 1422 de 1989 (expedido éste con base en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República para reformar la organización administrativa y la estructura del aludido ministerio) y las demás normas sobre la materia, que, de igual manera, no pueden entenderse sino como del mismo nivel, es decir, legal.

Dentro de estos parámetros normativos y, muy seguramente, teniendo en cuenta también que el numeral 8 del artículo 5º del Decreto-ley 1422 de 1989 señala como competencia del Ministro de Trabajo y Seguridad Social la función de "Determinar las dependencias competentes para el cumplimiento de las funciones que le están atribuidas por la ley al Ministerio", el Gobierno estimó procedente asignar al Subdirector de Prestaciones Económicas del citado ministerio la función de "Autorizar las exoneraciones de que trata el artículo 21 del Decreto 118 de 1957", suponiendo quizás que esta norma se encontraba vigente.

Ciertamente, esta última norma permitió al Ministro de Trabajo exonerar del pago del subsidio familiar a los patronos que demostraran que su erogación ponía en peligro la estabilidad económica de su empresa. Esta facultad fue, por virtud del Decreto-ley 062 de 1976 que modificó la organización administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, trasladada a la División de Estudio y Control de la Seguridad Social de este Ministerio. Allí se dispuso, en el artículo 28, literal f), que correspondía a esta División "Aprobar o improbar previo concepto de la oficina de Planeación y Economía Laboral, las solicitudes de las empresas en lo referente a exoneraciones del pago de subsidio familiar y de los aportes del Servicio Nacional de Aprendizaje".

Esta disposición fue luego declarada inexequible por la Honorable Corte Suprema de Justicia en fallo 12 de agosto del mismo año de 1976 (Gac. Jud., T. CLII y CLIII, núms. 2393 y 2394, pp. 490 a 496).

Así las cosas, se tiene que el Decreto 1096 de 1991 pretende redistribuir una competencia inexistente; y de acuerdo con la ya señalada preceptiva del ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886, que, valga la reiteración, se mantiene con ligeras variaciones en el numeral 14 del artículo 189 de la Carta Política de 1991, ello desborda el marco diseñado en el Decreto-ley 1422 de 1989 en donde no aparece en ninguno de sus preceptos atribuida esta función al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como tampoco aparece en ninguna otra norma legal.

Por el contrario, y a este propósito, la Corte Suprema de Justicia en el fallo citado adujo que con posterioridad al Decreto Legislativo 118 de 1957, las Leyes 58 de 1963 y 56 de 1973 en sus artículos 5º y 15, respectivamente, impusieron la obligación a los patronos con capital superior a $50.000.00 de pagar el subsidio familiar sin contemplar posibilidad alguna de exoneración.

Le asiste, pues, razón al actor en lo concerniente a esta censura sobre incompetencia, motivo más que suficiente para que esta Sala decrete la nulidad del precepto acusado, ya que en su consagración quebranta el Decreto-ley 1422 de 1989, el ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución de 1886, vigente al momento de su expedición y el mismo ordinal 21 del artículo 120 de esta codificación y, desde luego, resulta incompatible con el vigente numeral 14 del artículo 189 de la Constitución de 1991.

Ante la prosperidad de este cargo, se hace innecesario el examen de los demás.

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

FALLA:

Declárase la nulidad del numeral 1º del artículo 9º del Decreto 1096 de 25 de abril de 1991, expedido por el Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 4 de febrero de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONCEJO INDIGENA / COMUNIDAD INDIGENA / PRINCIPIO DE AUTONOMIA

Lo que regula el Decreto 1407 de 1991 son cuestiones concernientes al reconocimiento, suspensión y cancelación de personería jurídica a las fundaciones y corporaciones de carácter nacional, regional y local que desarrollen actividades relacionadas con las comunidades indígenas, aspectos enteramente ajenos a lo que encierra la autonomía a éstas reconocida y que se ejerce a través de su propio órgano de Gobierno, el Cabildo Indígena, encargado de representar a la parcialidad y gobernar sus territorios conforme a sus propios usos, costumbres y tradiciones, para garantizar la conservación de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas que ellas pretendan mantener.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 1936.

Actor: Juan de Jesús Alvarez Acero.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia instaurada por el ciudadano Juan de Jesús Alvarez Acero, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo contra el Decreto 1407 del 31 de mayo de 1991, expedido por el Presidente de la República con la firma del Ministro de Gobierno y "por el cual se reglamenta el reconocimiento, suspensión y cancelación de personería jurídica a las fundaciones y corporaciones de carácter nacional, regional y local que desarrollen actividades relacionadas con las comunidades indígenas".

SECCION PRIMERA

I. ANTECEDENTES

a) *El acto acusado*

Por lo extenso de su texto (34 arts. fls. 1 a 3), la Sala se priva de hacer su transcripción pero en la medida en que fuere necesario se hará mención a su articulado en la parte motiva de este fallo.

b) *Los hechos de la demanda*

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones se resumen al expresar que: "El ejecutivo queriendo descentralizar el reconocimiento, suspensión y cancelación de personerías jurídicas a corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, creadas para adelantar actividades en comunidades indígenas expidió el Decreto 1407 de fecha mayo 31 de 1991" (fl. 4).

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. 4 a 7 y 58 a 60):

Primer cargo: Violación de la Ley 21 de 4 de marzo de 1991, por medio de la cual se aprueba el convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la LXXVI reunión de la conferencia general de la OIT. Ginebra, 1989. Cita el artículo 4º, numerales 3º y 1º y aduce que el rigor en la vigilancia desconoce uno de los considerandos del convenio 169, "Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven".

Alega el actor que si bien es cierto que el Ministerio de Gobierno debe velar por las comunidades indígenas, la citada ley 21 le impone la obligación de "dar *participación* a los indígenas en la adopción de sus planes de desarrollo, *consultando* su querer cada vez que se tomen determinaciones de cualquier índole que puedan afectarlos" (destacados del actor). Manifiesta que ni dentro de los considerandos del Decreto 1407 de 1991, ni dentro de los antecedentes del mismo, se observa que las comunidades hayan sido partícipes o consultadas previamente a la expedición del Decreto promulgado el 31 de mayo de 1991 haciéndose

"caso omiso de la participación obligatoria de las instituciones representativas de los indígenas", del poder de decisión que sobre programas de desarrollo, investigativos, de asistencia etc. puedan implementar los indígenas, imponiendo medidas unilaterales por parte del Estado, debido a que "el Gobierno les tiene desconfianza o no confía en su capacidad de administración".

Expresa que la Ley 21 de 1991 no permite anteponer la teoría de la seguridad a la de la autonomía ya que no son las comunidades las que imponen un riguroso control a las asociaciones sin ánimo de lucro, ni se hace con su participación, concluyendo que "se está desconociendo la Autonomía propia que le reconoce un tratado internacional, aprobado por el Congreso".

Segundo cargo: Violación de los artículos 93, 286, 287 y 39 de la Constitución Política de 1991, por inconstitucionalidad sobreviniente. Con relación a la primera de las citadas normas constitucionales (art. 93) y debido a que "mientras más reconocimientos se hacen a los indígenas de autonomía y capacidad jurídica plena, el Gobierno continúa con el tutelaje y administración de los indios y sus territorios".

En lo referente a los artículos 286 y 287 de la Constitución, alega que el decreto demandado viola el principio de autonomía de que gozan los territorios indígenas, que comprende, entre otros, el gobernarse por sus propias autoridades.

Con relación al artículo 39 de la Carta Constitucional, expresa que esta norma deroga automáticamente los artículos 1º, 8º, 9º, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 27, 29, 30 y 32 del Decreto 1407 de 1991, que desarrollan funciones de suspensión y cancelación de personería jurídica.

Agrega el actor que opera el fenómeno que la doctrina y la jurisprudencia denominan "inconstitucionalidad sobreviniente" con fundamento en el artículo 9º de la ley 153 de 1887, y que la Corte Suprema de Justicia ha dicho "que tal evento conduce a un fallo inhibitorio en caso de demandarse inconstitucionalidad de una ley derogada, pero que sin embargo debe procederse a estudiar y analizar la incompatibilidad..." (Sent. 143 de octubre 11 de 1990, expediente 2126, Magistrado Ponente: Doctor Fabio Morón Díaz), y que a su vez el Consejo de Estado hace un análisis similar en sentencia de 14 de enero de 1991, expediente S-157, Consejero Ponente: Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

SECCION PRIMERA

El decreto acusado viola, por el fenómeno de la sobreviniencia, el artículo 39 de la nueva Carta Política, que trata sobre el control fiscal, control político, control de seguridad y cancelación y suspensión de personerías jurídicas, agregando que con relación a algunos oficios que reposan en autos suscritos por una abogada del Ministerio de Gobierno donde "da a entender que la suspensión y cancelación de personerías jurídicas de forma administrativa subsiste pues ésta no se aplica sino a organizaciones de base; que una fundación no es ni puede ser una organización social", afirmando el actor que la tesis del Ministerio es contraria a lo que dice la Constitución porque "organización social es toda organización y su personería no se puede suspender ni cancelar administrativamente".

Tercer cargo: Violación del artículo 44 de la Constitución Política de 1886, actual artículo 38 de la Carta Política de 1991; artículo 120, numeral 19 de la anterior Constitución, actual artículo 189 numeral 26 de la Constitución de 1991, y artículo 73 de la Constitución Nacional vigente. Con relación a la primera de las citadas normas, expresa el actor que ésta consagra la garantía al derecho de libre asociación, principio que es vulnerado debido a que los artículos 29 y 30 del Decreto 1407 de 1991 "desconociendo la autonomía y la órbita interna privada de las corporaciones y fundaciones al establecer requisitos francamente conculcatorios, tales como suministrar información sobre el personal vinculado metodologías de trabajo, documentos, material producido durante la ejecución de los proyectos, presupuestos, etc., establece una extremada fiscalización que coloca a esas entidades de utilidad común como "simples apéndices de la administración", desconociéndose la capacidad para fijar sus derroteros administrativos propios, desbordando las únicas limitaciones que deben ser las de actuar dentro de los parámetros constitucionales, legales, los principios democráticos y el respeto a la autonomía de las comunidades indígenas. Aduce que "el control que sobre las fundaciones y corporaciones que trabajan con indígenas, impone el Decreto 1407 de 1991, es francamente violatorio del derecho de asociación, del de investigación y de difundir opiniones", porque con el pretexto de vigilar fiscalmente a estas entidades, el Gobierno se estaría inmiscuyendo en aspectos administrativos internos, imponiendo obligaciones dobles e injustas, lo cual no es legal por establecer un control especial que se impone sólo a ciertas organizaciones que serían las que trabajan con indígenas, mientras a las demás no.

Con relación a la violación del anterior artículo 120-19, actual artículo 189 numeral 26 de la Constitución, alega que dicha norma establece la vigilancia e inspección por parte del Gobierno sobre las instituciones de utilidad común, pero que dicha función no puede interpretarse como "una facultad omnímoda que convierta a tales instituciones en menores de edad con un control cotidiano, policivo y permanente que fiscalice lo que se proyecta, lo que se planifica, lo que se investiga, lo que se escribe, quién trabaja, dónde trabaja, cuánto trabaja, cuánto le pagan, etc."; afirma que al imponer esta vigilancia, el Estado prácticamente se convierte en "patrono", infringiendo el derecho a la libertad de investigación y de difusión de opiniones, consagrado en los artículos 68 y 73 de la Constitución Nacional.

Agrega que "este exagerado control se presenta por desconocimiento del origen, naturaleza y régimen de las entidades de utilidad común, que es eminentemente privado", de conformidad con el artículo 5º del Decreto-ley 3130 de 1968 y que la jurisprudencia ha sido reiterativa en reconocer tal calidad.

Cuarto cargo: Expedición en forma irregular del Decreto 1407 de 1991, al fundamentarse en las Leyes 93 de 1938 y 52 de 1990. Con relación a la primera de las mencionadas leyes, su artículo 1º fue declarado inexequible, mediante sentencia de 14 de diciembre de 1973 de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en que "corresponde al ejecutivo exclusivamente dictar las disposiciones sobre control y vigilancia de entidades de utilidad común y no al Congreso".

Agrega que el Decreto demandado "se desarrolla prácticamente con base en la ley 52 de 1990, ley ésta que desconoce la Constitución y la jurisprudencia aclaratoria".

d) *Las razones de la defensa*

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 24 a 33 y 61 a 67):

Expresa el apoderado de la parte demandada que el decreto acusado fue expedido el 31 de mayo de 1991 estando en vigencia la anterior Constitución y con base en normas legales que le daban esa facultad, aduciendo que el concepto de la violación no tiene ningún asidero o base jurídica ya que las normas constitucionales citadas para la fecha "posible-

mente ni existían codificadas y numeradas y mucho menos estaban en vigencia".

En relación con el primer cargo, expresa que no es cierto que el Decreto 1407 de 1991 viole la Ley 21 de 1991, ya que precisamente el Gobierno Nacional lo que ha pretendido es fiscalizar las fundaciones y corporaciones que intervienen en el desarrollo interno y autónomo de las comunidades indígenas.

El decreto demandado no le resta facultades y atribuciones a las comunidades indígenas, porque la autonomía ya estaba otorgada por la Ley 89 de 1896, en su artículo 3º que expresa "que en todos los lugares donde se encuentra establecida una parcialidad indígena habrá un pequeño cabildo nombrado por estos conforme a sus costumbres".

Alega que el accionante está confundiendo la autonomía de las comunidades indígenas ejercida a través de los cabildos con las facultades que tiene el Gobierno Nacional de inspeccionar y vigilar las instituciones de utilidad común para que sus rentas y dineros se conserven y sean debidamente aplicadas, en este caso asociaciones, corporaciones y fundaciones, por virtud del artículo 633 del Código Civil y que deberán ser vigiladas por expreso mandato de la ley 93 de 1938 artículo 1º, concordante con el anterior artículo 120 numeral 19, actual artículo 189 numeral 26 de la Constitución Nacional.

Agrega que el cabildo indígena es el "órgano de gobierno" y control social encargado de representar a la comunidad y gobernar sus territorios, de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones y que a su vez las fundaciones, asociaciones o corporaciones son personas jurídicas que no tienen nada que ver con el Gobierno; incluso dichas asociaciones pueden ser creadas a iniciativa de los indígenas, como personas jurídicas diferentes a las comunidades o del cabildo, o por personas particulares que sin ánimo de lucro puedan desarrollar actividades para beneficio de los indígenas, respetando las costumbres, tradiciones y autonomía de dichas poblaciones.

Establece que es precisamente esta materia la regulada por el Estado a través de norma constitucional y desarrollada por el decreto demandado, cuya filosofía es evitar que personas "extrañas" perturben las organizaciones indígenas minando su autonomía y afectando sus costumbres y territorio.

En relación con el segundo cargo, afirma que respecto a la violación del artículo 39 de la actual Constitución Nacional que alega el actor, "no es apropiada para el caso *sub lite* ya que su objetivo central en el 'Derecho de asociación sindical' para los trabajadores y empleadores, sagrado derecho constitucional que debe respetar el Estado", pero que, reitera, "para el asunto debatido es ininteligible".

En relación con el tercer cargo, expresa la parte demandada que respecto a la violación del artículo 44 anterior, actual artículo 38 de la Constitución Nacional, se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad en concordancia con el artículo 20 de la Carta Internacional de Derechos Humanos, aduciendo que una cosa es "permitir" y "garantizar" el derecho de libre asociación y otra es que el Gobierno Nacional no pueda fiscalizar una vez otorgada la personería, cuando su actividad está dirigida a las comunidades indígenas. Agrega que un fin perseguido con el decreto acusado "fue el de ejercer un control sobre los dineros que en la mayoría de los casos estas fundaciones o corporaciones consiguen por medio de auxilios o donaciones nacionales o internacionales, a efectos de que se inviertan efectivamente en las comunidades indígenas".

En relación con el cuarto cargo, alega que el decreto demandado tiene como base la Ley 52 de 1990 que le otorga funciones al Ministerio de Gobierno, además de las siguientes consagradas en el artículo 3º del Decreto 1050 de 1968:

"...

"h) Formular, de acuerdo con el Presidente de la República, las políticas relacionadas con las comunidades indígenas y velar por sus derechos en colaboración con los ministerios y demás organismos públicos y privados que desarrollan funciones en este campo;

"i) Otorgar, suspender y cancelar la personería jurídica de las federaciones y confederaciones de acción comunal y de las corporaciones y fundaciones de carácter nacional que desarrollen actividades relacionadas con las comunidades indígenas".

El decreto demandado fue expedido con fundamento en imperativos constitucionales vigentes para ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común. El motivo principal de la demanda es la fiscalización que ejerce el Gobierno Nacional sobre las instituciones sin ánimo de lucro pero la función seria y objetiva que debe cumplir el

Ministerio de Gobierno cuando se trata de asuntos indígenas, es hacer respetar la autonomía y destino de las comunidades indígenas para que no sean sometidas a idearios, penetraciones privadas y extranjeras que puedan conculcar sus tradiciones.

Expresa que el decreto demandado no es contrario a la filosofía de las constituciones de 1886 y de 1991.

Al no existir la fiscalización por parte del Gobierno Nacional sobre las fundaciones, corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, éstas se convertirían en pequeñas "patrias", fraccionándose así las comunidades indígenas, desmembrando las familias indígenas y el Gobierno no tendría derecho a conocer de dónde provienen los dineros extranjeros o nacionales, ni su destino y utilización en dichas comunidades.

Concluye diciendo que el decreto demandado no viola el principio de autonomía de los territorios indígenas, ni tampoco normas constitucionales y legales porque lo que se pretende es fiscalizar las fundaciones y corporaciones sin ánimo de lucro que trabajan con comunidades indígenas. Dicho decreto tiene como base la Ley 52 de 1990 que le otorga funciones al Ministerio de Gobierno, siendo por tanto legal la obligación en que se encuentran las corporaciones y fundaciones de presentar informes trimestrales ante la autoridad competente, sobre las actividades ejecutadas con base en proyectos y programas adelantados en el interior de las comunidades indígenas según se establece en el artículo 30 del mismo decreto.

Concluye que la disposición normativa acusada no viola la Constitución Nacional y, por tanto, es legal, no siendo susceptible de nulidad .

Finalmente propone la excepción de *Ineptitud Sustancial de la demanda* por ausencia de presupuestos procesales para la acción y de requisitos formales del artículo 97 numeral 5º del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el actor omitió lo establecido en el numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo debido a que no expresó el concepto de violación de las normas que cita como presuntamente violadas, alegando que cercenó así el derecho de defensa del Ministerio de Gobierno, porque no se sabe cuáles aspectos de la norma fueron violatorios de normas superiores y por ende, al demandar el decreto mencionado, el actor partió de presupuestos imaginarios, sin determinar el cómo y el porqué se violaron las normas que citó limitándose simplemente a plasmar los artículos, concluyendo que "la justicia contencioso administrativa hace parte de la justicia rogada".

e) *La actuación surtida*

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el Código Contencioso Administrativo, al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 12 de marzo de 1992 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 9 a 13 del expediente).

Mediante proveído de 5 de agosto del año de 1992 se corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público por el término común de 10 días para que formularan sus alegatos de conclusión por escrito según obra al folio 57, derecho del cual hicieron uso las partes, mientras que la representante del Ministerio Público guardó silencio.

Encontrándose el negocio para fallo, la Sala resolvió, mediante auto de 12 de noviembre de 1992, oficiar al Ministerio de Relaciones Exteriores en orden a obtener certificación sobre la fecha en que entró en vigencia para Colombia el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991 (fls. 69 a 70).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA EN RELACION CON LA EXCEPCION DE INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA

La Sala considera que no le asiste razón a la parte demandada en el planteamiento de esta excepción, pues la demanda contiene expresamente un acápite dedicado a enumerar las *disposiciones que se estiman violadas* y otro sobre *concepto de la violación*, como aparece a folios 4 a 7 del expediente, lo cual es suficiente para cumplir el requisito exigido en el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, no prospera la excepción.

En relación con el primer cargo. Sostiene el actor que se infringe por el acto acusado la Ley 21 de 4 de marzo de 1991, aprobatoria del "Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 76a. Reunión de la Conferencia General de la OIT, celebrada en Ginebra el 7 de junio de 1989, al cercenarse la autonomía que a estas comunidades se les reconoce en varios artículos del mencionado Convenio.

Basta señalar que a pesar de que la citada ley fue expedida el 4 de marzo de 1991, en virtud de las normas contenidas en el Convenio para su entrada en vigencia, este entró a regir para Colombia sólo a partir del 16 de agosto de 1992, como está debidamente acreditado en el proceso con la certificación expedida por la Subdirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, la cual obra al folio 74 del expediente, es decir, con posterioridad a la expedición del Decreto impugnado, de lo cual se deduce que resulta absolutamente infundado predicar su quebranto. Si el Convenio no había nacido a la vida jurídica mal puede afirmarse legítimamente que él es susceptible de violación por un acto administrativo expedido antes de que aquél entrara a regir.

Pero aún al hacer, desde luego que a título de mera especulación teórica, la confrontación entre el acto demandado y el Convenio estimado por el actor infringido, no se advierte que mediante aquél se atente contra la autonomía de las comunidades indígenas, la que fuera consagrada en nuestra legislación desde el siglo pasado al expedirse en 1896 la Ley 89 que dispuso en su artículo 3º "que en todos los lugares donde se encuentre establecida una parcialidad indígena habrá un pequeño cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres", que es su órgano de gobierno.

Lo que regula el Decreto 1407 de 1991 son cuestiones concernientes al reconocimiento, suspensión y cancelación de personería jurídica a las fundaciones y corporaciones de carácter nacional, regional y local que desarrollen actividades relacionadas con las comunidades indígenas, aspectos enteramente ajenos a lo que encierra la autonomía a éstas reconocida y que se ejerce a través de su propio órgano de gobierno, el Cabildo Indígena, encargado de representar a la parcialidad y gobernar sus territorios conforme a sus propios usos, costumbres y tradiciones, para garantizar la conservación de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas que ellas pretendan mantener.

Obsérvese bien que entre las causales para suspender o cancelar la personería jurídica a los entes a los que se refiere el Decreto acusado se consagran algunas que ratifican lo antes expresado. En efecto, el artículo 10 preceptúa:

> "Son causales para la suspensión o cancelación de personería jurídica, según la gravedad de la falta, además de la violación a (sic) las normas legales o estatutarias, las siguientes:

"……

"f) Se comprueben las quejas formuladas por las comunidades indígenas involucradas en sus proyectos y programas y que sean violatorias del derecho interno y autonomía de las mismas; g) No se presenten oportuna y correctamente informes trimestrales sobre sus programas y proyectos, y h) Impidan la visita a los sitios en los cuales se adelanten sus programas y proyectos u oculten información a las autoridades competentes".

Corrobora igualmente que en el decreto cuestionado no se esconde ningún propósito distinto al de proteger la integridad de las comunidades indígenas y asegurar el respeto de su identidad y autonomía cultural, que es deber legal del Gobierno a voces con lo que estatuye el artículo 17 -d) de la Ley 52 de 1990 invocada como fundamento del decreto acusado, lo que se consigna en el artículo 28 de éste cuando previene que "Para adelantar sus proyectos y programas, las entidades que trabajen en comunidades indígenas deberán cumplir lo siguiente: a) Darlos a conocer a las comunidades indígenas a quienes van dirigidos y obtener el correspondiente permiso de las mismas para su ejecución; b) Fundamentar los programas en las leyes vigentes que amparan a los pueblos indígenas, programas que requieren la autorización de la autoridad competente y del Instituto Colombiano de Antropología cuando se vayan a desarrollar en comunidades cuya lengua o idioma sea únicamente el vernáculo, según lo expresa el mismo decreto.

Lo anterior es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo. Afirma el actor que con el Decreto impugnado se infringen los artículos 39, 93, 286 y 287 de la Constitución de 1991. A este respecto es pertinente reiterar y transcribir las reflexiones que sobre el mismo punto consignó la Sala en el auto admisorio de la demanda que originó este proceso y mediante el cual se denegó la suspensión provisional impetrada, frente a las cuales no existen argumentos nuevos que pudieran variarlas:

"En relación con la alegada violación manifiesta de las citadas normas de carácter constitucional, la Sala considera que no resulta jurídicamente posible estudiar si existe o no su quebrantamiento por parte del acto demandado, por cuanto habiéndose expedido éste bajo el régimen de la Constitución Política de 1886, mal puede fundamentarse su inconstitucionalidad en normas de la nueva Carta, salvo en relación con aquellas en que exista identidad entre unas y otras.

"Sobre este aspecto es importante señalar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para declarar, entre otros asuntos, la nulidad de los actos administrativos, pero en momento alguno para pronunciarse sobre reformas o derogaciones de normas legales que pudieren predicarse en virtud de cambios introducidos en el sistema constitucional colombiano, pues es claro que tales modificaciones o subrogaciones operan de pleno derecho y, por tanto, sin que requiera de decisión jurisdiccional alguna, a partir del mismo momento de producirse la vigencia de las nuevas disposiciones constitucionales que sean contrarias a aquellas. Lo aquí expresado encuentra su pleno respaldo en la jurisprudencia sentada por esta Corporación en sentencia que se transcribe parcialmente a continuación:

"2. La Constitución y la legislación preexistente. Es verdad inconcusa del Derecho Constitucional Colombiano, que se deduce del texto mismo de la Carta (arts. 214 y 215) y que fue consagrada expresa e inequívocamente por la Ley (art. 9º de la Ley 153 de 1887) que "la Constitución es Ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente " y que, en consecuencia, "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente". Este principio no sólo comprende a la Ley, entendida orgánica y formalmente sino también a todos los actos que materialmente se asimilan a ella (art. 214 de la Constitución) y, *a fortiori*, a los que le son de inferior jerarquía, como los decretos reglamentarios y ejecutivos, las ordenanzas, los reglamentos de los gobernadores, los acuerdos municipales o los reglamentos de los alcaldes; ello así se deduce no sólo de las normas indicadas, sino también de todas las que consagran la jerarquía normativa (arts. 214 y 215 de la Constitución, 12 de la Ley 153 de 1887, 240 del C. de R. P. M. y 62 a 65 del C.C. A.), que desarrollan el principio del centralismo político según el cual, respecto del tema de que se trata, las entidades administrativas descentralizadas, como los departamentos, siempre están subordinadas a la prevaleciente vigencia de la Constitución del país.

"La contraposición entre las normas constitucionales y las de inferior jerarquía puede ocurrir con precedencia de aquellas sobre éstas o, viceversa, de éstas sobre aquellas. En el primer caso se confronta el examen, por vía de acción o de excepción, de los preceptos subordinados en relación con los de la Constitución que siempre deben

prevalecer. En el segundo, las normas subordinadas quedan subrogadas o modificadas, *ipso jure,* al entrar en vigencia las nuevas disposiciones constitucionales que les sean contrarias. El primero es un problema de hermenéutica mientras que el segundo es de tránsito de legislación" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sesión Primera, sentencia de 27 de julio de 1973, Consejero Ponente: doctor Humberto Mora Osejo, Actor: Carlos César Puyana Mutis, expediente No. 1695. Anales del Consejo de Estado, T. LXXXV, núms. 439 y 440, segundo semestre de 1973, pp. 329 a 335).

"En consecuencia, lo que cabe predicarse, en casos como el planteado por el demandante, es que si una autoridad se enfrenta a la posible necesidad de dar aplicación a normas legales que, habiendo sido expedidas bajo el régimen constitucional anterior, contrarían lo dispuesto por la actual Constitución Política, deberá abstenerse de hacerlo, acudiendo en sustento de ello, bien a la norma del artículo 9º de la Ley 153 de 1887, o a la figura de la excepción de inconstitucionalidad que consagraba la antigua Carta Política en su artículo 215 y que se mantiene en el nuevo ordenamiento de la misma naturaleza, en su artículo 4º. En este mismo orden de ideas, si el funcionario, no obstante lo atrás expresado, da aplicación a una norma legal reformada o derogada por el posterior ordenamiento constitucional, el particular agraviado con dicho acto podrá ejercer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la correspondiente acción contra el acto de aplicación irregular de aquella norma".

En relación con el tercer cargo. Aduce el demandante que el Gobierno con el pretexto de vigilar fiscalmente a las entidades de utilidad común se inmiscuye en aspectos administrativos internos de las comunidades indígenas, infringiendo el artículo 44 de la Constitución de 1886; y que la facultad que le otorga el artículo 120-19 *ibidem*, la ejerce omnímodamente desconociendo el régimen de aquellas instituciones, que es de carácter privado .

Conforme al artículo 21 del Decreto acusado las mencionadas entidades que obtengan reconocimiento de su personería jurídica estarán obligadas a llevar registros contables y de tesorería para garantizar el adecuado manejo de los bienes y fondos. Así mismo, *estarán sometidas al control fiscal por parte del organismo estatal respectivo,* cuando reciban dineros o auxilios del erario público y deberán cumplir con las normas tributarias vigentes para las fundaciones y corporaciones sin

ánimo de lucro, pero no se advierte en manera alguna cómo puede el Gobierno, cuando se cumpla esta norma a través del ente fiscalizador competente, entrometerse en los asuntos internos de las comunidades indígenas. Resulta extraño a la más elemental lógica la afirmación que el actor hace sobre este particular . Y resulta aún más extravagante aducir que con tan singular "deducción" se infringe el artículo 44 del anterior estatuto constitucional, vigente cuando se expidió el acto impugnado, que se limita a permitir la formación de compañías, asociaciones y fundaciones y a prever su reconocimiento como personas jurídicas.

En cuanto al presunto quebranto del artículo 120-19 de la derogada Carta de 1886, que corresponde casi literalmente al artículo 189-26 de la Constitución de 1991, resulta igualmente infructuoso el propósito del demandante, toda vez que si bien las instituciones de utilidad común se rigen por las reglas del derecho privado, conforme al artículo 5º del Decreto-ley 3130 de 1968, de acuerdo con esta misma disposición la vigilancia e inspección sobre las mismas la ejercerá el Gobierno en los términos de la ley, dada la autorización constitucional consagrada precisamente en el precepto que el actor indica como infringido. Así que antes que violarse aquella disposición, lo que el Decreto atacado hace es ajustarse a los claros términos de la misma, en concordancia con el artículo 36 de dicha codificación, según el cual el destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social no podrá ser modificado por el legislador y previene, además, que el Gobierno fiscalizará el manejo de tales donaciones, con todo lo cual guarda armonía la norma pertinente del Decreto 1407 de 1991.

Tampoco, entonces, este tercer cargo prospera.

En relación a las presuntas infracciones de los artículos 68 y 73 de la actual Constitución, como quiera que respecto de estas normas el actor no señala ninguna disposición de la de 1886 que pudiera considerarse como su correspondiente, ni la Sala encuentra dicha correspondencia, se remite a lo expuesto en el cargo anterior, en virtud a que en este evento no es procedente hacer examen alguno.

En relación con el cuarto cargo. Esta censura se refiere a que el acto demandado se expidió en forma irregular al fundamentarse en las Leyes 93 de 1938, cuyo artículo 1º fue declarado inexequible, y 52 de 1990 que desconoce la Constitución y la Jurisprudencia.

Aduce el actor, para el primer caso, que la Corte Suprema de Justicia sustentó la inexequibilidad del artículo 1º de aquella ley aduciendo que "corresponde al ejecutivo exclusivamente dictar las disposiciones sobre control y vigilancia de entidades de utilidad común y no al Congreso". Esta alegación comporta una postura contradictoria, toda vez que lo que el actor demanda es justamente un Decreto del Gobierno, de índole administrativa, a quien según su propia sustentación respaldada en el citado fallo de la Corte Suprema de Justicia es a quien compete exclusivamente dictar las medidas sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, de las que ahora extrañamente se queja el demandante.

No sobra agregar que de la Ley 93 de 1938 se hallan vigentes varios de sus artículos, entre los cuales se cuenta el 5º que reza:

"Artículo 5º. Las instituciones de utilidad común organizadas en virtud de un acto administrativo del Poder Público (ley, ordenanza, acuerdo o decreto de autoridad), y que reciban auxilios del Tesoro Nacional, estarán sujetas a la vigilancia e inspección del Gobierno, para el efecto de que tales auxilios se inviertan efectivamente en los fines para que fueron decretados. En consecuencia tales instituciones rendirán la cuenta de inversión de dichos auxilios a la Auditoría de Instituciones de Utilidad Común", lo que evidencia aún más la inconsistencia de las censuras del actor.

En cuanto a la objeción de que la Ley 52 de 1990 desconoce la Constitución y la jurisprudencia, la Sala se abstiene de considerarla ya que el actor no ofrece ninguna explicación para fundamentarla.

Este último cargo, en consecuencia, tampoco prospera.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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. Deniégase la súplica de la demanda.

Segundo. Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero. En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

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 cuatro de febrero de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

JUNTA MUNICIPAL DE DEPORTES / DERECHO DE ASOCIACION / SUSPENSION PROVISIONAL

Observa la Sala prima facie el quebranto por parte de la norma reglamentaria, pues cuando la reglamentación contenida en el artículo 14 de la Ley 49 de 1983, hace referencia a que las Juntas Municipales de deportes son aquellas que se organizan en cualquier municipio del país, está significando que sea el que fuere el municipio, podrá en virtud del derecho de asociación o por su propia iniciativa, conformar dichas juntas, sin excepción alguna, es decir, que en dicha ley no se excluye de la constitución de Juntas Departamentales de Deportes a los municipios que sean capitales de Departamento en donde existan Juntas Seccionales de Deportes como lo pretende el reglamento, máxime si dentro de las funciones que en la mencionada ley 49 de 1983 se asigna a las Juntas Seccionales de Deportes, contenidas en el artículo 5º numeral 2º está precisamente la de coadyuvar a la formación de las Juntas Municipales de Deportes, lo que hace suponer que bien pueden coexistir ambas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2193.

Acción de nulidad contra el artículo 11 del Decreto 839 de 1984, expedido por el Gobierno Nacional.

Actor: Víctor Obdulio Benavides Ladino.

Por reunir los requisitos legales la Sala habrá de admitir la demanda presentada por el ciudadano *Víctor Obdulio Benavides Ladino*, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso

Administrativo, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del artículo 11 del Decreto Reglamentario No. 839 de 6 de abril de 1984, expedido por el Gobierno Nacional "por el cual se reglamenta la Ley 49 de 1983".

SUSPENSION PROVISIONAL

El actor solicita la suspensión provisional del acto acusado, por las siguientes razones:

1. El artículo 11 del Decreto Reglamentario 839 de 1984, es violatorio del artículo 14 de la Ley 49 de 1983, pues éste establece expresamente que en cualquier municipio del país se pueden organizar Juntas Municipales de Deportes, sin hacer salvedad o diferencia entre los municipios que sean en un caso capital de Departamento y los que no lo sean, en tanto que el acto acusado discrimina y clasifica los municipios, por lo que al excluir a los municipios capitales de Departamento, se cambia el sentido, texto y alcance de la Ley 49 de 1983.

2. Las entonces Intendencias y Comisarías al convertirse en Departamentos por disposición de la nueva Constitución Nacional, sufrirán la misma discriminación, lo cual no fue lo que pretendió la ley mencionada.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Preceptúa el artículo 11 del Decreto 839 de 1984, que constituye el acto acusado:

"En las capitales de los Departamentos en donde exista Junta Administradora Seccional de Deportes no podrán constituirse Juntas Municipales de Deportes."

Señala el artículo 14 de la Ley 49 de 1983, citado como quebrantado:

"Las Juntas Municipales de Deportes a que se refiere esta Ley, son las que se organizan por virtud del derecho de asociación o iniciativa municipal en cualquier municipio del país. Estarán dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y funcionarán bajo la orientación, coordinación y control del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte a través de las Juntas Administradoras Seccionales de Deporte donde éstas funcionen."

De la lectura atenta de los textos transcritos observa la Sala prima facie el quebranto aludido por parte de la norma reglamentaria, pues cuando la disposición contenida en el artículo 14 de la Ley 49 de 1983, hace referencia a que las Juntas Municipales de Deportes son aquellas que

se organizan en *cualquier municipio del país*, está significando que sea el que fuere el municipio, podrá en virtud del derecho de asociación o por su propia iniciativa, conformar dichas Juntas, sin excepción alguna, es decir, que en dicha Ley no se excluye de la Constitución de Juntas Municipales de Deportes a los municipios que sean capitales de Departamento en donde existan Juntas Seccionales de Deportes como lo pretende el reglamento, máxime si dentro de las funciones que en la mencionada Ley 49 de 1983 se asigna a las Juntas Seccionales de Deportes, contenidas en el artículo 5º numeral 2º, está precisamente la de coadyuvar a la formación de las Juntas Municipales de Deportes, lo que hace suponer que bien pueden coexistir ambas.

Por las anteriores razones, es procedente acceder al decreto de suspensión provisional del artículo 11 del Decreto 839 de 1984.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1º Admítese la demanda promovida por el ciudadano Víctor Obdulio Benavides Ladino, tendiente a obtener la nulidad del artículo 11 del Decreto 839 de 1984, expedido por el Gobierno Nacional.

2º Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

3º Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional.

4º Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y los intervinientes contesten la demanda, soliciten pruebas y propongan excepciones.

5º Deposite el actor la suma de dos mil pesos ($2.000.00) para gastos del proceso.

6º Solicítese a la Secretaría de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, el envío de los antecedentes administrativos.

7º Decretase la suspensión provisional del artículo 11 del Decreto 839 de 1984, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA / INTERPRETACION PREJUDICIAL /ACCION DE CUMPLIMIENTO - Improcedencia / DERECHO DE ACCION / COMPETENCIA

La simple consagración del derecho de acción en una norma, no implica en manera alguna el otorgamiento automático de competencia en favor de uno u otro funcionario u organismo de la rama judicial, porque siendo la competencia la facultad que tiene un juez para ejercer en un determinado asunto la jurisdicción que corresponde al Estado, ella debe ser expresamente conferida por un mandato constitucional o legal. El artículo XXVII del Tratado que creo el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no consagra ninguna atribución de competencia en favor de esta Corporación para el conocimiento de demandas como la instaurada, sino, por el contrario, defiere al derecho interno de cada país su determinación. No existe autoridad judicial del orden nacional que pueda ordenar a otra, bien judicial o administrativa, el cumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. La acción de cumplimiento solo será susceptible de ser ejercida a partir del momento en que el legislador atribuya competencia a alguno o algunos de los órganos judiciales del país.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2219.

Actora: Sociedad Banana Republic Inc.

Procede la Sala de Decisión de la Sección Primera a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto oportunamente por el apoderado

de la sociedad demandante contra el auto de 3 de diciembre de 1992, proferido por el señor Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez, con el fin de obtener su revocatoria y en consecuencia, se disponga la admisión de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

La Sociedad Banana Republic. Inc., por intermedio de apoderado, y expresando ejercer la acción "...establecida en el artículo XXVII del Tratado..." que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado por la Ley 17 de 1980, presentó demanda en contra del Estado Colombiano, en su calidad de País Miembro del Acuerdo de Cartagena, por haber incumplido, a través del Tribunal Superior de Bogotá, los mencionados Tratado y Ley, al decidir, sin que mediara la previa interpretación prejudicial de las normas del derecho comunitario andino sobre propiedad industrial, el recurso de apelación interpuesto por la "Fábrica Slaconia Limitada" contra el auto mediante el cual el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá decretó las medidas cautelares solicitadas por la sociedad actora.

Las declaraciones que de esta Corporación se solicitan en la demanda, son las siguientes:

"a) Que la República de Colombia por intermedio del Tribunal Superior de Bogotá ha cumplido el inciso 2º del artículo XXIX del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

"b) Que en consecuencia, 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, ya que éste no se surtió integralmente, 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" (fl. 167).

II. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante la providencia recurrida en súplica se dispuso el rechazo *in limine* de la demanda, fundamentándose para ello en las razones que, resumidamente, se expresan a continuación (fls. 218 a 221):

No existe ninguna ley que haya atribuido competencia a ésta jurisdicción, y en especial a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo

de Estado, para conocer de la "acción de incumplimiento", derivada de las causas que se invocan en la demanda, "...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".

A igual conclusión que la expresada en el párrafo anterior habría que llegar si 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 correspondientes, los procedimientos, etc.".

Por último y de acuerdo con la legislación vigente, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de las contenciones que se originen en relación con 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 128-6 del C.C.A.), "...y claro e indubitable es que, en este caso, no se está en presencia de una controversia o litigio *administrativo* originando 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" (destacado en el texto original).

III. LA SUSTENTACION DEL RECURSO

El apoderado de la sociedad demandante expresa, de la manera como se resume a continuación, su disentimiento para con la providencia recurrida (fls. 222 a 232):

Tal y como lo ha expresado en diversas decisiones el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, las normas del derecho comunitario andino son de obligatorio cumplimiento por los Países Miembros de dicho Acuerdo, pues hacen parte de su ordenamiento jurídico interno y, en esa medida, los jueces nacionales están obligados a acatar los fallos de interpretación prejudicial que dicte el mencionado Tribunal, el que, para

todos los temas del derecho comunitario, es el superior jerárquico de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de los demás jueces nacionales.

"Con la creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena se creó una nueva jurisdicción para todos los Países Miembros del mismo, que es la *jurisdicción comunitaria*, y se modificaron las jurisdicciones y competencias ya existentes en aquellos" (Mayúsculas del texto original).

Si bien es cierto que la jurisdicción comunitaria conoce de las acciones de nulidad, interpretación prejudicial e incumplimiento entre Países Miembros, cuando no se afectan derechos particulares, no lo es menos que en los casos en los cuales el derecho de un nacional de un País Miembro se ve afectado, puede, al tenor de la artículo XXVII del Tratado que creó el Tribunal de Justicia, "...demandar el cumplimiento y el resarcimiento del perjuicio, ante la autoridad nacional competente. Esta competencia funcional fue creada por el Tratado y remitida a los Jueces Nacionales". Lo anterior conduce a predicar que ante el mencionado derecho de acción en favor de las personas "... las autoridades nacionales de carácter judicial están en la obligación de conocer de estas acciones de acuerdo con los procedimientos de cada país".

Si el Consejo de Estado se negare a conocer de la acción ejercida, ello, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo V del Tratado ya citado, implicaría un nuevo incumplimiento del Estado Colombiano respecto del obedecimiento de las normas que conforman el ordenamiento del Acuerdo de Cartagena.

Frente a la afirmación que se hace en el auto recurrido, en el sentido de que el Consejo de Estado no puede imponer al Tribunal Superior de Bogotá la obligación de solicitar la interpretación prejudicial, debido a la inexistencia de norma que fije esa competencia, debe recordarse que sí existe una norma que se lo impone, el artículo XXVII del Tratado"... que es además de jerarquía comunitaria, que es superior al orden nacional de los Países Miembros". Además, debe tenerse en cuenta que la Sección Segunda del Capítulo III del Tratado prevé la posibilidad de que una autoridad comunitaria le ordene a una autoridad nacional el cumplimiento de lo establecido en el Tratado, "...y el artículo XXVII prevé que una autoridad judicial nacional (que es también comunitaria) le ordene a otra autoridad ya judicial o administrativa, que lo cumpla" (paréntesis en el texto original).

El Consejo de Estado es competente para conocer de la demanda instaurada, pues en este asunto está envuelta la responsabilidad de Colombia, debido al incumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud del Acuerdo de Cartagena y de sus protocolos adicionales.

En sentencia de 1º de octubre de 1992, con ponencia del Consejero doctor Daniel Suárez Hernández, expediente No. 7058, el Consejo de Estado admitió expresamente la posibilidad de revisión de la actividad jurisdiccional, y aceptó la responsabilidad del Estado por dicha actividad y, en particular, por el error judicial, razón por la cual la omisión a que se acusa al Tribunal Superior de Bogotá, puede y debe ser examinada por esa Corporación. "En este contexto es innecesario acudir al texto del artículo 87 de la Constitución, cuando el artículo 90 ha resuelto el problema y, como se verá, la acción que se ejerce no es esa sino la contenida en un Tratado Internacional".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son dos los argumentos en los cuales se cimenta la providencia recurrida en súplica para rechazar la demanda instaurada a saber:

a) Que a pesar de haberse consagrado en el artículo 87 de la Constitución Política la acción ciudadana tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, no existe norma legal alguna que atribuya competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que declare que el Estado colombiano incumplió el Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, a consecuencia de que un Juez de la República adoptó una decisión, no susceptible de recursos, sin que previamente haya solicitado a dicho Tribunal la interpretación prejudicial de las normas comunitarias que debían aplicarse al proceso, así como tampoco para que mediante su decisión se imponga al Presidente de la República o a determinado Juez o Tribunal el cumplimiento del deber omitido;

b) Que dentro de las normas legales que atribuyen competencia a esta jurisdicción, instituida para juzgar los litigios o contenciones que se originen en la actividad administrativa de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, no se encuentra ninguna que permita avocar el conocimiento de la demanda instaurada , cuya controversia en ella planteada no tiene origen en dicha actividad administrativa, sino "... en una actividad jurisdiccional de un órgano de la justicia ordinaria, en donde se discutían eventuales derechos de particulares".

De otra parte, las razones fundamentales en las cuales se apoya la sociedad demandante para predicar en cabeza del Consejo de Estado la competencia para avocar el conocimiento de la demanda, son las siguientes:

1º. Porque si de conformidad con el artículo XXVII del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que es Ley de la República, las personas naturales y jurídicas tienen el derecho de acudir ante los tribunales nacionales cuando quiera que las decisiones por ellos adoptados violen las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, "...las autoridades nacionales de carácter judicial están en la obligación de conocer de estas acciones de acuerdo con los procedimientos de cada país".

2º. Porque las normas del mencionado Tratado prevén la posibilidad de que una autoridad comunitaria ordene a una autoridad nacional que cumpla con lo establecido en el Tratado, y el artículo XXVII del mismo Tratado prevé que una autoridad nacional le ordene a otra, judicial o administrativa, que lo cumpla.

3º. Porque la competencia del Consejo de Estado para conocer de la demanda está consagrada en el artículo 128-16 del C.C.A. y, además, porque el asunto planteado en la demanda no le corresponde a ninguna otra jurisdicción.

4º. Porque en reciente fallo el Consejo de Estado admitió la posibilidad de examinar judicialmente la actividad de la jurisdicción ordinaria y "En este contexto es innecesario acudir al texto del artículo 87 de la Constitución, cuando el artículo 90 ha resuelto el problema y, como se verá, la acción que se ejerce no es esa sino la contenida en un Tratado Internacional" (sic).

A continuación la Sala se referirá, en el mismo orden, a cada una de las razones expuestas por el recurrente, así:

1º. En cuanto a la primera de ellas, la Sala considera que la simple consagración del derecho de acción en una norma, bien sea de carácter constitucional, internacional o legal, no implica en manera alguna el otorgamiento automático de competencia en favor de uno u otro funcionario u organismo de la rama judicial, porque siendo la competencia la facultad que tiene un juez para ejercer en un determinado asunto la jurisdicción que corresponde al Estado, ella debe ser expresamente conferida por un mandato constitucional o legal.

De otra parte, y en relación con el artículo XXVII del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la Sala considera que esta norma no consagra ninguna atribución de competencia en favor de esta Corporación para el conocimiento de demandas como la instaurada, sino, por el contrario, defiere al derecho interno de cada país su determinación. La mencionada norma es del siguiente tenor literal:

> "Artículo XXVII. 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 5º del presente tratado, en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento."

2º. Con relación al segundo argumento del recurrente, y previa lectura de los cinco (5) artículos que integran el Capítulo II, Sección Segunda del ya mencionado Tratado, la Sala considera que ninguno de ellos consagra o prevé que una autoridad judicial del orden nacional pueda ordenar a otra, bien judicial o administrativa, el cumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, pues en sus cuatro (4) primeros artículos se consagra lo concerniente a la acción de incumplimiento de dichas obligaciones por parte de un *País Miembro* y las consecuencias que se derivan de la sentencia que sobre ella recaiga, y en su quinto y último artículo (al que se refiere el recurrente), como se lee en la transcripción que del mismo se hizo en el punto que antecede, tampoco se consagra tal potestad en favor de los jueces o tribunales.

3º. Como quiera que la recurrente no expresa ningún argumento que respalde su afirmación de que la competencia de esta Corporación para conocer de la demanda instaurada se deriva del artículo 128, numeral 16 del C.C.A., la Sala considera que no se han desvirtuado los fundamentos que, con relación a dicha norma, se consignan en la providencia suplicada para deducir que la controversia o litigio planteado no es de carácter administrativo y, por consiguiente, que escapa al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Respecto de la afirmación consistente en que esta Corporación tiene competencia para conocer de la demanda, debido a que el tema en ella no es de recibo, pues es evidente que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene una competencia residual en los términos plantea-

dos por el recurrente, además de que este no expresa las razones de su dicho.

4º. En cuanto a la cuarta razón expresada por el recurrente para predicar la competencia de esta Corporación, consistente en que ella misma ha admitido jurisprudencialmente la posibilidad de examinar la actividad de la justicia ordinaria, la Sala considera que si bien es cierto que el fallo mencionado por el recurso se fundamenta en la responsabilidad extracontractual del Estado, consagrada en el artículo 90 de la nueva Constitución Política y en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, no lo es menos que en el caso planteado en la demanda no se predica este tipo de responsabilidad sino que se dirige a obtener la declaratoria de incumplimiento de un Tratado Internacional aprobado por una ley de la República para que, como consecuencia de la prosperidad de tal pretensión se ordene a una autoridad judicial el cumplimiento del deber omitido, lo que a juicio de la sala constituye el ejercicio de una típica acción derivada del artículo 87 de la Constitución Política, para cuyo conocimiento, ni la misma Carta ni la Ley han radicado competencia en una "autoridad judicial" determinada. Por esta razón, que es similar a la expuesta por la Corte Constitucional en sentencia de 10 de diciembre de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Simón Rodríguez Rodríguez y en la cual se alude a otras providencias de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación, la Sala considera que la acción de cumplimiento sólo será susceptible de ser ejercida a partir del momento en que el Legislador atribuya competencia a alguno o algunos de los órganos judiciales del país.

Ahora bien, dado que el recurrente plantea en forma ambigua y a la vez contradictoria expresa que la acción ejercida no es ninguna de las consagradas en los artículos 87 y 90 de la Carta Política, sino en un Tratado Internacional, la Sala considera que por las mismas razones expuestas en los numerales 1 y 2 que anteceden y ante la evidente falta de una norma de derecho interno que atribuya a uno u otro tribunal, corporación o funcionario judicial la competencia genérica en el artículo XXVII del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, para conocer de acciones como la ejercida por la Sociedad demandante, habrá de confirmar la providencia suplicada.

En cuanto a las demás razones expuestas en el escrito contentivo del recurso, la Sala se abstiene de referirse a ellas, pues considera que no guardan relación directa con la motivación y decisión contenidas en el auto recurrido.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sala de Decisión,

RESUELVE:

Confírmase, en todas sus partes, el auto recurrido en súplica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha once de febrero de mil novecientos noventa y tres.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL / SESIONES EXTRAORDINARIAS / ORDENANZA DEPARTAMENTAL / ACTO ADMINISTRATIVO / PUBLICACION

El acto suspendido provisionalmente se expidió con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto mediante el cual se incluyó como tema de estudio en las sesiones extraordinarias de la Asamblea el que se regula por la Ordenanza demandada, razón ésta que lleva a la Sala a considerar que, por este mismo aspecto, además de violar el artículo 305, numeral 12 de la Constitución, también la Asamblea obró por fuera del estricto marco de competencia que le fuera fijado en el Decreto de convocatoria a dichas sesiones extraordinarias, incurriendo así en violación del artículo 300, numeral 11 de la Carta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2256.

Actor: Camilo A. González Pacheco.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto admisorio de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 14 de octubre de 1992, en cuanto decretó la suspensión provisional de la Ordenanza No. 009 de 20 de agosto de 1992, expedida por la Asamblea del Departamento del Tolima, y "por la cual se efectúan unos traslados en el presupuesto de gastos de 1992".

I. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En acápite especial de la demanda, la parte actora solicitó al Tribunal de origen se decretase la suspensión provisional de los efectos del acto

acusado en ejercicio de la acción de nulidad, pues considera que la Ordenanza incurre en una manifiesta violación del artículo 305, numeral 12, de la Constitución Política, al haberse expedido por dicha Asamblea Departamental en el curso de sesiones extraordinarias, sin que dentro de los temas para cuyo estudio fue convocada por el Gobernador, se encuentre el regulado por ella.

II. LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

El Tribunal del Tolima decretó la medida de suspensión provisional, fundamentándose para ello en la clara transgresión del artículo 305, numeral 12, de la Carta Política, puesto que, como lo sostiene el actor, en el Decreto 1020 de junio 16 de 1992, por el cual se convocó a la Asamblea Departamental a sesiones extraordinarias, no se encuentra enlistado ningún proyecto de Ordenanza que autorizare al Gobernador para efectuar traslados presupuestales, y que constituye el objeto del acto acusado (fls. 14 a 16 cdno. 2).

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito mediante el cual el Gobernador del Departamento del Tolima interpuso y sustentó el recurso de apelación se expresa, en resumen, lo siguiente (fls. 31 a 36, cdno. 2):

Con el fin de lograr la cancelación de los "emolumentos y derechos salariales" a que tenían derecho los diputados, mediante Decreto 1153 de 5 de agosto de 1992, el Gobierno Departamental adicionó el artículo 1º del Decreto 1020 del mismo año, en el sentido, de incluir como tema a tratarse en las sesiones extraordinarias de la Asamblea, el proyecto de Ordenanza "por el cual se efectúan unos traslados en el Presupuesto de Gastos de 1992", actuando para ello en los términos de la ley.

El primero de los mencionados decretos se allegó a la Asamblea el 6 de agosto de 1992 y se publicó el 21 de octubre del citado año en el órgano de publicación oficial de la Gobernación del Tolima, como se demuestra con los documentos que se acompañan para que sean tenidos como pruebas del recurso.

Como lo enseña la jurisprudencia del Consejo de Estado "la falta de publicación de un Acto Administrativo de carácter general no determina la inexistencia y ni siquiera la no entrada en vigencia del acto, sino la no exigibilidad de las obligaciones que del mismo dimanen para los particulares" (Sentencia de 27 de agosto de 1992. Consejero Ponente: doctor

Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente No., 0591 A). De lo anterior se concluye que la no publicación oportuna del Decreto 1153 de 1992, no afecta en manera alguna la ejecutoriedad del acto administrativo.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego de analizar y sopesar jurídicamente las razones expuestas en la solicitud de la medida precautelativa, en el auto materia de apelación y en el escrito de interposición del recurso, la Sala considera que la decisión de suspender provisionalmente los efectos del acto demandado ha de ser mantenida y, en tal virtud, habrá de confirmarla.

En efecto, en casos como el que se analiza la preexistencia del Decreto 1153 de 5 de agosto de 1992 no puede constituir, por sí sola, el sustento de la constitucionalidad del acto acusado, ya que si de conformidad con los artículos 5º y 8º de la Ley 57 de 1985, en concordancia con el artículo 333 del Decreto 1222 de 1986, los decretos del Gobernador sólo rigen después de la fecha de su publicación, y la misma parte demandada afirma y acompaña la prueba de que tal hecho se produjo el día 21 de octubre de 1992, es decir, dos (2) días después de notificado personalmente el auto admisorio de la demanda, como consta a folio 16 vto. del cuaderno 2, no cabe el menor asomo de duda de que el acto suspendido provisionalmente se expidió con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto mediante el cual se incluyó como tema de estudio en las sesiones extraordinarias de la Asamblea del Tolima el que se regula por la Ordenanza demandada, razón ésta que lleva a la Sala a considerar que, por este mismo aspecto, además de violar el artículo 305, numeral 12 de la Constitución, también la Asamblea obró por fuera del estricto marco de competencia que le fuera fijado en el decretó de convocatoria a dichas sesiones extraordinarias, incurriendo así en violación del artículo 300, numeral 11 de la Carta.

Además, de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el artículo 379 del Decreto 1333 de 1986 señala la obligación de la Nación, de los departamentos y de los municipios de dar oportuna publicidad a todos los actos gubernamentales y administrativos "... que 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*" (destaca la Sala).

Sobre el tema en estudio también se han pronunciado los doctrinantes de Derecho Administrativo, en los siguientes términos:

"Es un principio general de derecho administrativo el que el acto administrativo, de carácter general o individual, no es obligatorio, ni por consiguiente ejecutable u oponible a los administrativos, mientras no se haya llevado al conocimiento de éstos por cualquiera de los medios previstos en la ley positiva. En otras palabras, el acto administrativo no publicado, no notificado, no surte efectos legales y, por ende, no es ejecutable por quien lo profirió, o por la autoridad a quien corresponda dicha ejecución (Dec. 01 de 1984, arts. 48 y 76-7)" (Manuel María Díez. Derecho Administrativo, T. II, pp. 273 y 274. Citado por Miguel González Rodríguez. González Rodríguez. Código Contencioso Administrativo. Concordado y Comentado Parte Primera. Librería Jurídica Wilches. Bogotá, 1990, p. 143).

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1º *Confirmar* el auto de 14 de octubre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

2º En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de febrero de mil novecientos noventa y tres.

Los consejeros,

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MONOPOLIO DE LICORES / IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES

Si el Departamento, a través del acto que se acusa, ratifica su condición de titular del monopolio que siempre ha ostentado, nada impide que para efectos del ejercicio integral del monopolio frente a la comercialización, pueda consagrar la opción de compra de las existencias de licores de acuerdo con la modalidad allí prevista (Precio CIF más de un 10% de utilidad); convenir otras modalidades de pago o permitir que los interesados vendan directamente sus mercancías en un plazo de seis meses. Sin embargo, como se incluye a los vinos extranjeros como base para el sistema de monopolio, tal inclusión es violatoria del artículo 62 de la Ley 14 de 1983, ya que este precepto estatuye que los vinos, vinos espumosos y espumantes, los aperitivos y similares, nacionales e importados serán de libre producción y distribución, y en consecuencia en torno de ellos estableció el régimen tributario del impuesto nacional de consumo, motivo por el cual la Ordenanza no podía hacerlos sujeto del monopolio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2005.

Recurso de apelación contra la sentencia de 28 de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Actores: Myriam Guerrero de Escobar y Pablo J. Cáceres Corrales.

Corresponde decidir los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del departamento del Valle del Cauca, el Fiscal 3º del Tribunal Administrativo del Valle y el impugnado Dionisio Gómez Rodado, contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal

Administrativo del Valle del Cauca declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y decretó la nulidad de la Ordenanza número 004E de 29 de febrero de 1988, con excepción del artículo 7º, expedida por la Asamblea de dicho departamento por la cual se reglamenta el monopolio departamental sobre licores destilados y se faculta al Gobernador del Valle para regular algunos aspectos de dicho monopolio.

I. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las súplicas de la demanda consideró el fallador de primer grado (fls. 320 a 333 cdno. 3):

A. *Frente a las excepciones planteadas por la demandada:*

1. La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de integración de la proposición jurídica completa, al no haber demandado la actora los Decretos 1612 y 0166 de la Gobernación del Valle del Cauca mediante los cuales se convocó a sesiones extraordinarias, ni las ordenanzas referentes al monopolio de producción y distribución de licores, no prospera pues dicha falla enunciada no se configura ya que la demanda enjuicia los actos administrativos concretos, autónomos, que si bien hacían relación a una determinación oficial de carácter administrativo, político y económico, tomada no sólo en esta época sino desde mucho tiempo atrás, ha sido materia de reglamentación estatal y la reglamentación anterior no tiene por qué ser objeto de acusación para que los actos demandados puedan ser estudiados en el fondo con el fin de concluir en una posible violación de la Constitución y la ley.

2. En cuanto al hecho de no haberse aportado las pruebas suficientes que acrediten el libre comercio de licores, alcohol potable e impotable, no constituye fundamento para la prosperidad de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, porque tal como sucede con la citación de las normas violadas, la consecuencia es la negación de las súplicas por no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo.

3. En lo que atañe a la excepción de cosa juzgada en cuanto al monopolio de la introducción de licores extranjeros, con base en la sentencia del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1947, por referirse ella a las Ordenanzas números 12 de 1930 y 108 de 1943, tampoco se configura la excepción por no darse los elementos necesarios para su procedencia, cuales son, la identidad entre el objeto de la demanda nueva

y aquél del proceso anterior; identidad de causa *petendi* e identidad de partes.

4. El hecho de no haberse aportado con la demanda el ejemplar autenticado de la ordenanza enjuiciada, no constituye ineptitud sustantiva de la demanda, dado que se aportó el ejemplar de la gaceta departamental y conforme al artículo 139 del C.C.A. no se requiere tal autenticación.

5. En lo ateniente a la ilegitimidad de la personería en la parte demandante, por haber instaurado acción de nulidad cuando correspondía a la de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser la acción de nulidad una acción pública, cualquier ciudadano que busque el simple restablecimiento de la legalidad puede incoarla, y, por ser éste el móvil que se propone en la demanda, no prospera la excepción.

B. *En lo tocante al fondo del asunto:*

Respecto de lo que alega la demandada en el sentido de que la ordenanza acusada no está creando por primera vez el monopolio, ya que el departamento del Valle desde hace muchos años ha monopolizado la producción, introducción y comercialización de los licores por medio de distintas ordenanzas, no es que se desconozca en ningún momento que por determinaciones legales, desde el año de 1905, las rentas provenientes de licores constituyen una renta nacional y como tal a través de la historia legislativa de Colombia el Estado ha tenido injerencia en el control de la misma. Lo que pasa es que el departamento del Valle ha controlado la administración de la renta departamental desde 1912, pero sin que pueda decir que lo ha hecho adoptando integralmente el sistema económico del monopolio, pues en algunos casos estableció convenios, otorgó licencias en casos particulares y en otros generales, el impuesto al consumo. Por ello, la ordenanza enjuiciada sí pone en práctica por primera vez en forma integral el ejercicio del monopolio de los licores como arbitrio rentístico en el departamento del Valle del Cauca, ya que con anterioridad a ella, el Código de Rentas regla el impuesto al consumo y en cuanto al sistema del monopolio, sólo lo define en forma general como aprovechamiento que es para el departamento, y, por esta razón son válidos los fundamentos de la actora cuando reclama que la fórmula contemplada en ella no se ajusta a los lineamientos constitucionales y legales ya que la regulación del monopolio debe realizarse conforme a las disposiciones de los artículos 31 de la Constitución Nacional de 1886 y 61 de la Ley 14 de 1983.

La ordenanza también contraría la Ley 14 de 1983 en su artículo 62, porque considera que los vinos extranjeros son base para el sistema del

monopolio, cuando la ley expresamente señala que son objeto del impuesto al consumo.

II. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION

A. *Apelación del Fiscal 3º del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca*

El agente del Ministerio Público manifiesta que la ordenanza demandada no está creando el monopolio de producción, introducción y venta de licores destilados, sino que lo que hace es ponerlo en ejecución, además de que fue dictada con base en lo preceptuado por la ley que dispone la monopolización de licores y observando los principios constitucionales del artículo 31 necesarios para el desarrollo de la actividad monopolística.

Que frente a la introducción y comercialización de licores destilados, la ordenanza señala tres opciones y la opción en frente a la escogencia de uno de los tres procederes, sin indicar en alguno de sus apartes disposición que permita la inobservancia total de ellos.

B. *Apelación del departamento del Valle del Cauca*

El departamento del Valle del Cauca, por medio de la apoderada principal y del sustituto, quien al sustentar el recurso amplió los argumentos de la primera, fundamentó su discrepancia con el fallo apelado así:

1. De la exposición de motivos de la ordenanza acusada se infiere que su expedición tiene por fundamento la actualización de las normas atinentes al ejercicio del monopolio, de acuerdo con la Ley 14 de 1983 y el Código de Régimen Departamental.

2. No es cierto que el departamento siempre ha aplicado el impuesto al consumo sin utilizar el beneficio del monopolio. 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 actividad.

3. Por medio de las Ordenanzas 87 de 1912; 14 de 1920; 30 de 1940; 108 de 1943, 83 de 1944 y Decretos Departamentales 1242 de 1947 y 1813 de 1982, el departamento ha ejercido el monopolio y basado en ello se expidió la ordenanza objeto de la demanda, para reasumir el monopolio, adoptando sistemas para hacerlo efectivo.

4. El Tribunal confunde el monopolio de producción de licores (aguardientes y rones) con el monopolio de introducción y distribución.

5. Omitió el *a quo* la valoración de las pruebas, pues no hizo referencia alguna a la inspección judicial practicada en la que se encontraron cheques girados a favor de cada uno de los distribuidores que optaron por firmar los convenios de que trata la Ley 14 de 1983.

6. En el análisis de las excepciones se equivocó el Tribunal al negar la "falta de integración de la proposición jurídica completa", lo mismo que al estudiar la cosa juzgada, por cuanto el fallo del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1947 permite establecer que el monopolio existía para la producción y distribución de licores nacionales y que las Ordenanzas 12 de 1930 y 108 de 1943, lo extendieron a los licores importados.

7. No se pronunció el Tribunal sobre la excepción de inconstitucionalidad que se planteó invocando el artículo 183 de la Constitución Política de 1886 que ampara el monopolio que los departamentos han constituido desde épocas inmemoriales, por lo que pretender que la Ley 14 de 1983 hubiese conculcado los derechos adquiridos de los departamentos en cuanto al monopolio, es excesivo e inconstitucional, y, si así fuese, debe darse aplicación preferencial al citado artículo 183.

8. El Tribunal no se pronunció sobre la inexistencia de pruebas que acrediten la libre producción de licores destilados, y no pudo probar el demandante que algún comerciante había sido privado de una industria o comercio lícito, y sí por el contrario, obran en el proceso los convenios celebrados en desarrollo de la Ley 14 de 1983.

9. Tampoco se tuvo en cuenta que la Industria de Licores del Valle no fue notificada, desconociéndose así sus derechos, con violación del debido proceso.

C. *Recurso de apelación del impugnador*

Sostiene el impugnador que ciertamente el demandante no pretende el restablecimiento de un derecho, pero sí sustituye a los titulares de los mismos, y, la indemnización a las personas que estén desarrollando actividad monopolizadora deberá analizarse en cada caso en particular.

Que, además, no es cierto que los vinos extranjeros no hacen parte del monopolio ni que la ordenanza desarrolle, por primera vez, el sistema del monopolio.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la contención planteada, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El fundamento de los tres recursos de apelación interpuestos es coincidente en cuanto descansa en el hecho de que, con anterioridad a la expedición de la ordenanza acusada, el departamento del Valle ejercía el monopolio sobre la producción y comercialización de licores destilados, en contraposición a lo afirmado en el fallo objeto de la alzada en el que se estimó que fue por medio de la citada ordenanza que se puso en práctica por primera vez en forma integral dicho monopolio.

Como lo advirtió esta Corporación en providencia de 23 de octubre de 1992, Expediente No. 1210, actor: Pablo J. Cáceres Corrales, Ponente: Consejero Ernesto Rafael Ariza Muñoz, con la expedición de la Ley 88 de 1910, que desarrolló el Acto Legislativo No. 3 del mismo año y que en su artículo 23 numeral 35 asignó a las Asambleas Departamentales la facultad para optar por el ejercicio del monopolio sobre la producción y comercialización de licores destilados o por el gravamen sobre esas industrias, si aquél no convenía, los departamentos se encontraron en la posibilidad jurídica de aplicar el monopolio sobre la comercialización previo el cumplimiento de la condición de indemnizar plenamente a quienes quedasen privados del ejercicio de la actividad lícita objeto del mismo, todo ello en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910, y que la Ley 14 de 1983 no es más que la reiteración de lo preceptuado en la citada Ley 88 de 1910 y al prever la indemnización no hace más que subordinarse a la Constitución, a la que toda norma ha de estar sometida.

Del acervo probatorio allegado al proceso, consistente en los antecedentes normativos que en materia de licores se han expedido en el departamento del Valle del Cauca, se encuentra lo siguiente:

a) El Decreto Ordenanzal número 85 de 1910, señaló que corresponde al departamento la renta de licores que comprende la producción y expendio del aguardiente de cañas y sus componentes (fl. 277 cdno. 11);

b) La Ordenanza número 87 de 1912, consagró como renta de licores en el departamento, la proveniente de la producción y expendio de licores

alcohólicos producidos en el país por medio de la fermentación, a excepción de los vinos extranjeros (fl. 256 cdno. 5);

c) En la Ordenanza número 14 de 1920 se dijo en su artículo 1º que la renta de licores que consiste en la producción y expendio de licores destilados embriagantes, está reservada al departamento, por lo que nadie puede fabricarlos ni expenderlos sin expresa autorización del Gobierno. Así mismo, en su artículo 2º prohibió la introducción al territorio del departamento de los licores de producción nacional, como también la introducción del alcohol extranjero (Gaceta Departamental de 1920, fl. 8085);

d) La Ordenanza número 12 de 1930, estableció el monopolio para la introducción y venta de licores destilados extranjeros (fl. 283 cdno. 5);

e) El Decreto 1485 de 1952, estatuyó que la producción, distribución y venta del alcohol tanto dentro del departamento como fuera de él, constituye monopolio y arbitrio rentístico para el departamento del Valle, pudiéndose otorgar permisos o conceder licencias para el funcionamiento de destilerías, sin que esto implique renunciar al monopolio (fls. 118 a 122 cdno. 11);

f) El Decreto 1138 de 1971 (fls. 125 a 134 *ibidem*), consagró en su artículo 2º que la Industria de Licores del Valle tiene a su cargo la fabricación y venta de alcoholes y licores sujetos al monopolio departamental que consagran las leyes;

g) El Decreto 1813 de 1982 en su artículo 18 autoriza a las personas jurídicas y naturales para que importen y vendan licores extranjeros o nacionalizados, mediante licencia revocable, lo que no implica cesión del aprovechamiento exclusivo que tiene el departamento (fl. 147 vto. cdno. 5).

Lo anterior permite deducir que en el departamento del Valle del Cauca, en virtud de la Ley 88 de 1910, ha estado operando la práctica monopolística en la producción de licores destilados, sin que sea relevante el hecho de que en otras oportunidades y frente a la comercialización de los mismos se hubiera optado por el impuesto de consumo, como lo hace notar la apoderada de la actora en la audiencia pública realizada el pasado 11 de noviembre cuando se refiere a la tabla de impuestos obrante a folios 12 a 24 del cuaderno número 11, dado que la competencia para optar por el ejercicio integral del monopolio no se agota con el ejercicio, según disposición de la respectiva Asamblea Departamental, de la alternativa relativa al cobro del impuesto de consumo cuando se trate de

la comercialización de licores producidos fuera del territorio del departamento.

Estando claro que el monopolio de licores destilados en el departamento del Valle del Cauca se puso en práctica por medio de los distintos actos mencionados antes, en virtud de la habilitación que se dio a los departamentos por parte de la Ley 88 de 1910, forzoso es concluir que es para dicha época donde ha de exigirse la fijación de la indemnización plena y previa, como se manifestó en el aludido fallo citado *ab initio* de estas consideraciones, pues quienes empezaron a ejercer la actividad comercializadora con posterioridad a la misma, corrían la contingencia de que en el futuro el departamento, titular del monopolio, optara en lugar del régimen tributario por el de la comercialización total, y por ello no puede pretenderse que en la actualidad deba reconocerse tal indemnización.

En este orden de ideas entiende la Sala que si el departamento, por medio del acto que se acusa, ratifica su condición de titular del monopolio que siempre ha ostentado, nada impide que en el parágrafo del artículo 4º y para efectos del ejercicio integral del monopolio frente a la comercialización, pueda consagrar la opción de compra de las existencias de licores de acuerdo con la modalidad allí prevista (precio CIF más un 10% de utilidad); convenir otras modalidades de pago o permitir que los interesados vendan directamente sus mercancías en un plazo de seis meses.

Sin embargo, como en dicha disposición se incluye a los vinos extranjeros como base para el sistema del monopolio, asistió razón al *a quo* en considerar que tal inclusión es violatoria del artículo 62 de la Ley 14 de 1983, ya que este precepto expresamente estatuye que los vinos, vinos espumosos o espumantes, los aperitivos y similares, nacionales e importados serán de *libre producción y distribución*, y en consecuencia en torno de ellos estableció el régimen tributario del impuesto nacional de consumo, motivo por el cual la ordenanza de marras no podía hacerlos sujeto del monopolio. Por esta razón y en lo que respecta a la expresión "vinos extranjeros" contenida en el citado parágrafo, habrá de confirmarse el fallo apelado.

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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 28 de febrero de 1992, en cuanto implícitamente contiene la declaración de nulidad de la expresión "vinos extranjeros" establecida en el parágrafo del artículo 4º de la Ordenanza número 004E de 29 de febrero de 1988, y expresamente se abstuvo de declarar la nulidad del artículo 7º *ibidem.*

Revócase la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad de las demás disposiciones contenidas en la citada ordenanza y en su lugar se dispone: *Deniéganse* la demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA RESIDUAL / NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA / DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES / CONTROL JURISDICCIONAL

La Carta Magna no le atribuyó competencia a la Corte Constitucional para conocer del control constitucional de los decretos expedidos por el Gobierno con base en las facultades extraordinarias conferidas en el artículo transitorio 23. No hallándose el decreto acusado dentro de las taxativamente enumeradas como de competencia de la Corte Constitucional, su control de constitucionalidad corresponde al Consejo de Estado en virtud de la competencia residual que a esta Corporación le atribuye el artículo 237-2 de nuestra Carta Política.

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Titularidad / DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD / LEGITIMACION PROCESAL / CIUDADANO EN EJERCICIO

Está reservada a los ciudadanos la presentación de las demandas de inconstitucionalidad. Según se deduce de la lectura de los artículos 241 numerales 1, 4 y 5 y 242 numeral 1 de la Constitución Nacional, las personas que de conformidad con lo establecido en los artículos 98 y 99 de la Carta Política ejerzan la ciudadanía son las que pueden ejercer el derecho de interponer acciones de inconstitucionalidad.

Decreta la suspensión provisional de los efectos del último inciso del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

SECCION PRIMERA

Ref.: Expediente número 2253.

Decretos del Gobierno.

Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

El actor de la referencia, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicita del Consejo de Estado que por el trámite del procedimiento ordinario declare nulos la última fracción del artículo 2º; las palabras "...policiva y disciplinaria" del artículo 21 y todo el artículo 24 del Decreto 2067 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional".

La demanda deberá ser admitida por cuanto reúne los requisitos de ley.

Como quiera que al libelo se acompaña una solicitud de suspensión provisional de las normas acusadas, a resolverla procede la Sala, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Competencia

El Decreto acusado, esto es el 2067 del 4 de septiembre de 1991 fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió en forma directa la Asamblea Nacional Constituyente. Esta circunstancia permite afirmar que el citado decreto tiene fuerza de la ley, máxime cuando es la misma disposición constitucional transitoria la que estatuye que en todo tiempo el Congreso podrá derogar o modificar las normas así establecidas.

Sin embargo, la Carta Magna no le atribuyó competencia a la Corte Constitucional para conocer del control constitucional de los decretos expedidos por el Gobierno con base en las facultades extraordinarias conferidas en el artículo transitorio 23, como sí lo hizo con relación a otros decretos expedidos por el Ejecutivo, en ejercicio de las facultades concedidas en otras disposiciones constitucionales, según se desprende de lo dispuesto en los artículos transitorios 10, en concordancia con el 5º, y de lo reglado en los numerales 5º y 7º del artículo 241.

No hallándose el decreto acusado dentro de los taxativamente enumerados como de competencia de la Corte Constitucional, su control de constitucionalidad corresponde al Consejo de Estado, en virtud de la

competencia residual que a esta Corporación le atribuye el artículo 237-2 de nuestra Carta Política.

Así las cosas, tenemos que la primera de las normas acusadas del Decreto 2067 de 1991, es la contenida en el último inciso del artículo 2º, el que al tratar del contenido de las emanadas en las acciones públicas de inconstitucionalidad expresa:

> "En caso de que la demanda sea presentada a petición de una persona natural o jurídica, el demandante deberá indicarlo en la demanda."

Dice el actor que esta disposición al reconocer el derecho a interponer acciones de inconstitucionalidad a las personas naturales o jurídicas, transgrede en forma manifiesta los artículos 40 numeral 6º, 241 numerales 1, 4 y 5, y 242 numeral 1º de la Constitución Nacional, en los cuales se reconoce tal derecho en favor exclusivo de los ciudadanos.

Confrontando la norma acusada con los preceptos que se consideran violados, fácil resulta concluir que se da la transgresión de los artículos 241 numerales 1, 4 y 5, y 242 numeral 1º de la Constitución Nacional, según los cuales está reservada a los ciudadanos la presentación de demandas de inconstitucionalidad. En otras palabras y según se deduce de la simple lectura de los ordenamientos constitucionales citados, las personas que de conformidad con lo establecido en los artículos 98 y 99 de la Carta Política ejerzan la ciudadanía son las que pueden ejercer el derecho a interponer acciones de inconstitucionalidad.

La segunda de las normas censuradas es la contemplada en el segundo inciso del artículo 21, en cuanto incluye las palabras "policiva y disciplinaria". Dice así la norma:

> "Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, *policiva y disciplinaria* y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución". (Destacados de la Sala).

Dice al respecto el demandante que la norma transcrita al dar efecto retroactivo a los fallos de inconstitucionalidad en materia policiva y disciplinaria viola el artículo 29 de la Carta Política, según la cual "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Para la Sala en este caso no aparece a primera vista la violación flagrante y manifiesta en primer lugar, porque la norma constitucional

consagra una excepción a la irretroactividad de la ley, mientras que la disposición acusada le da efectos retroactivos a los fallos de la Corte Constitucional; y en segundo término porque surge la necesidad de esclarecer si la materia policiva o disciplinaria puede asimilarse a la penal.

Las anteriores circunstancias implican un estudio a fondo del asunto propio de la sentencia y no de este momento procesal, que exige para efectos de la suspensión provisional una violación ostensible de la norma.

Finalmente, se solicita también la suspensión provisional del artículo 24 del Decreto 2067 de 1991. La disposición acusada es del siguiente tenor:

> "La declaración de constitucionalidad de una norma no obsta para que proceda la acción de tutela respecto de acciones y omisiones de las autoridades o de los particulares derivadas de ella.
>
> "Tampoco impide que un juez no aplique la norma cuando por las circunstancias particulares del caso sea necesario proteger algún derecho constitucional que no fue considerado en la sentencia de la Corte Constitucional. En estos casos, el juez podrá, de oficio, elevar consulta ante la Corte para que ésta aclare los alcances de su fallo. La Corte podrá resolver la consulta dentro de los diez días siguientes a la recepción del escrito donde se formule la consulta y comunicará inmediatamente al juez correspondiente la absolución de la consulta."

Para el demandante la norma transcrita viola el artículo 23 transitorio de la Constitución, "ya que las facultades en él otorgadas al Gobierno están limitadas con toda precisión a dictar 'el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional', las cuales están enumeradas taxativamente en el artículo 241 del mismo estatuto, en diez numerales, en ninguno de los cuales está prevista actuación alguna de los jueces ante aquel tribunal, así sea en carácter de simples consultantes".

En este punto observa la Sala que no es ésta la oportunidad procesal para dilucidar el alcance de las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno por la Asamblea Nacional Constituyente, por medio del artículo transitorio 23 de la Constitución Nacional, relativa al régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte

Constitucional. Tal propósito requiere un estudio de fondo, propio de la sentencia que ponga fin al proceso.

De conformidad con las consideraciones anteriores, la Sala decretará la suspensión provisional de los efectos del último inciso del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, y denegará la solicitada en relación con las otras normas acusadas.

Por lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

Primero. *Admitir* la demanda de nulidad instaurada por el doctor Luis Carlos Sáchica Aponte. Para su trámite, se dispone:

a) Notificar personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación;

b) Notificar a los señores Ministros de Gobierno y de Justicia, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos;

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) Fíjese 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 Gobierno y de Justicia el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

Segundo. *Decretar* la suspensión provisional de los efectos del último inciso del artículo segundo del Decreto 2067 de 1991.

Tercero. *Denegar* la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de febrero de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS / CONCESION PORTUARIA - Requisitos / PUBLICACION - Intervalo / SUSPENSION PROVISIONAL

No se ve cómo el acto demandado haya podido establecer un plazo máximo sin fundamento alguno en las normas que le dan origen. El Decreto 838/92, es reglamentario de la Ley 01/91. Y si la ley no establece un plazo máximo, pues en su artículo noveno (9.8) habla de "intervalos de diez días entre cada publicación" y, por ende, no lo hace tampoco el decreto que la reglamenta, mal podría hacerlo una circular que debe plegarse en un todo a las normas que rigen la actividad a la que hace referencia. La Superintendencia General de Puertos, al fijar un intervalo "mínimo de diez (10) días hábiles y máximo de veinte (20) días hábiles", está, a primera vista, sobrepasando y entrando en abierta violación de las normas indicadas, y el artículo 84 de la Constitución Nacional al exigir requisitos adicionales a una actividad que ya está reglamentada legalmente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2260

Autoridades Nacionales.

Actor: Germán Alfonso Oliveros C.

El actor de la referencia demanda ante esta Corporación, en acción de nulidad, la Circular número 004 del 11 de septiembre de 1992, suscrita por la Superintendencia General de Puertos, referente a unos requisitos para las concesiones portuarias.

La demanda será admitida por reunir los requisitos de ley. Así mismo, se entra a proveer sobre la suspensión del acto demandado, solicitud que se hace en la misma demanda.

EL ACTO DEMANDADO

La Circular 004 del 11 de septiembre de 1992, dirigida al personal que se encuentra al servicio de la Superintendencia General de Puertos y a todas las personas interesadas en una *concesión portuaria*, informa:

> "...que al tenor de lo establecido en el artículo 9 numeral 9.8 de la Ley 01 de 1991 y literal c) del artículo 7º del Decreto 838 de 1992, que las solicitudes que se presenten a partir de la fecha y en lo sucesivo, en ningún caso se aceptará (sic) avisos que no registren un intervalo mínimo de diez (10) días hábiles y máximo de veinte (20) días hábiles, publicados en dos (2) días distintos, esto quiere decir, que la fecha de publicación del 'primer aviso' en cada uno de los dos periódicos de amplia circulación nacional, no pueda ser la misma, y por ende, tampoco la fecha de publicación de los dos 'segundos avisos' ".

SUSTENTACION DE LA SOLICITUD

Manifiesta el actor que la circular es violatoria de las normas siguientes:

a) La Ley 1a. de 1991, art. 9 (9.8);

b) El Decreto Reglamentario 838 de 1992, artículo 7º, literal c).

La primera de las normas, "por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones", estatuye:

> "...9.8 Acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4, así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalo de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de amplia circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones y hagan valer sus derechos."

La segunda, el artículo 7º del Decreto 838 de 1992, por medio del cual se reglamenta el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la Ley 1a. de 1991, estatuye:

"Artículo 7º. Anexos. Se acompañarán los siguientes: c) Ejemplares, debidamente certificados, de los cuatro (4) avisos de prensa publicados en dos (2) periódicos de amplia circulación nacional. Las publicaciones deberán ser de dos (2) días distintos, con intervalo de diez (10) días hábiles entre cada publicación..."

Además de las anteriores normas legales, el actor señala como violado el artículo 84 de la Constitución Nacional, cuyo texto reza:

"Artículo 84. 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."

Arguye el actor que "no obstante la claridad meridiana de las disposiciones citadas, el señor Superintendente General de Puertos mediante la circular acusada dispone que los avisos de prensa deberán ser publicados *en cuatro días distintos y que el intervalo entre las publicaciones será mínimo de diez (10) días hábiles y máximo veinte (20) días hábiles.* Con lo anterior la circular viola la norma interpretada y reglamentaria, extralimitándose por exceso, por cuanto introduce exigencias nuevas no contempladas en las normas que dice interpretar y haciéndolas más gravosas porque las publicaciones ya no serían en dos fechas distintas sino en cuatro, y, el *intervalo* de días lo convierte en *plazo* con un mínimo y un máximo de tiempo".

LA SALA CONSIDERA

Dos son las normas de carácter legal que el demandante considera agredidas con el acto demandado. La Sala observa que, realmente, como lo dice el actor, con claridad meridiana, el artículo 7º del Decreto 838 de 1992, exige cuatro (4) avisos de prensa publicados en dos periódicos de amplia circulación nacional. También exige que las publicaciones sean hechas en dos días distintos, con intervalos de diez días, entre cada publicación.

Es decir, en cuanto a esta norma no se ve cómo el acto demandado haya podido establecer un plazo máximo sin fundamento alguno en las normas que le dan origen. El Decreto 838 de 1992, es reglamentario de la Ley 01 de 1991. Y si la ley no establece un plazo máximo, como efectivamente no lo hace, pues en su artículo noveno (9.8) habla de "intervalos de diez días entre cada publicación" y, por ende, no lo hace tampoco el decreto que la reglamenta, mal podría hacerlo una circular que

debe plegarse en un todo a las normas que rigen la actividad a la que hace referencia.

La Superintendencia General de Puertos, al fijar un intervalo "mínimo de diez (10) días hábiles y máximo de veinte (20) días hábiles", está, a primera vista, sobrepasando y entrando en abierta violación del artículo 9º numeral 9.8 de la Ley 1ª de 1991, el artículo 7, literal c) del Decreto 838 de 1992 y el artículo 84 de la Constitución Nacional al exigir requisitos adicionales a una actividad que ya está reglamentada legalmente.

Es esto lo que aparece, *prima facie*, para los efectos de la suspensión provisional según voces del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Oportunidad tendrá la parte demandada de explicar y defender la razón de su actuación, dándole así los elementos necesarios al juzgador para la toma de su decisión final.

Hechas las anteriores precisiones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Primera,

RESUELVE:

1º. *Admitir* la demanda de nulidad interpuesta contra la Circular número 004 de septiembre 11 de 1992, firmada por el Superintendente General de Puertos. En razón de ello:

a) Notifíquese al señor Superintendente General de Puertos conforme a lo dispuesto por el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo. Entréguese copia de la demanda y sus anexos;

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación;

c) El demandante deberá depositar, dentro del término de cinco (5) días hábiles, la suma de dos mil pesos ($2.000.00) m/cte. para pagar los gastos ordinarios del proceso, si hubiere lugar a ellos, con beneficio de devolución de no causarse gastos, o del remanente;

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco días para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas;

e) Por Secretaría, solicítese a la oficina correspondiente el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2. *Decretar la suspensión provisional* de la Circular número 004 del 11 de septiembre de 1992 firmada por el Superintendente General de Puertos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de febrero de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NULIDAD PROCESAL - Improcedencia / FALTA DE NOTIFICACION / AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Notificado como debe entenderse el artículo 12 del C.C. A., por el 56, inciso 2º del Decreto 2651 de 1991, ya no es obligatoria la notificación al Agente del Ministerio Público de todas las providencias sino solamente de la que admite la demanda. Por tanto la falta de notificación al Agente del Ministerio Público del auto que corre traslado para sustentar la apelación interpuesta no constituye causal de nulidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2117.

Apelación Interlocutorios.

Actora: Inversiones Gaviria Ltda.

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto de 11 de diciembre de 1992, mediante el cual el Consejero doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, en Sala Unitaria, resolvió denegar una nulidad.

ANTECEDENTES

Dentro del proceso de la referencia y mediante auto de 28 de agosto de 1992, se ordenó correr traslado a la parte recurrente para que sustentara una apelación que había interpuesto.

Como la apelación no fue sustentada por auto de 14 de septiembre de 1992 se declaró desierto el recurso y ejecutoriado el auto objeto de la apelación.

En escrito de 16 de septiembre de 1992, la actora y apelante pidió la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto de 28 de agosto de 1992, aduciendo que éste no fue notificado personalmente al representante del Ministerio Público como así lo ordena el artículo 127 del C.C.A.

EL AUTO RECURRIDO

Por medio de él se deniega la nulidad solicitada esencialmente porque cuando se dictó el auto del 28 de agosto de 1992, del cual se predica su falta de notificación personal al Agente del Ministerio Público, ya estaba vigente el Decreto 2651 de 1991, cuyo artículo 56 en su inciso final estatuye 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" (destaca la Sala).

Se argumenta también en el auto suplicado "que en cuanto al 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".

EL RECURSO INTERPUESTO

Al sustentarlo el recurrente insiste en que la providencia de agosto 28 de 1992, ha debido ser notificada personalmente al Agente del Ministerio Público en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 127 del C.C.A.

El suplicante dice no compartir la interpretación del artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, según la cual la única providencia que requiere notificación personal a los Agentes del Ministerio Público es el auto admisorio de la demanda; en la segunda instancia el auto que admita el recurso o el que ordene tramitar la consulta.

En este aspecto considera el recurrente que el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, no suspende ni deroga, ni contradice lo preceptuado en el artículo 127 del C.C.A., sino que repite lo referente a la notificación del auto admisorio de la demanda lo establecido por él para todas las providencias.

Se expresa también en el recurso que:

"El hecho de que la primera norma establezca que debe notificarse personalmente *todas* las providencias y la segunda norma establezca

que debe notificarse personalmente el auto admisorio de la demanda (nótese que no dice que debe notificarse personalmente sólo o únicamente el auto de la demanda), no implica que el contenido de una y otra norma sean contrarios y por ende deba suspenderse la primera, pues el auto admisorio de la demanda forma parte del género 'todas las providencias'. "

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El artículo 127 del C.C.A., expresaba:

"En las actuaciones y procesos que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, el Ministerio Público intervendrá en interés del orden jurídico y, para ello, podrá actuar como parte.

"Todas las providencias se le notificarán personalmente y él decidirá en cuáles actuaciones y procesos se requiere su intervención."

La precitada disposición fue subrogada por el artículo 19 del Decreto-ley 2304 de 1989, que dispone:

"Artículo 127. *Atribuciones del Ministerio Público.* El Ministerio Público es parte en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante el Consejo de Estado y los tribunales administrativos e intervendrá en ellos en interés del orden jurídico. Por consiguiente, se les notificarán personalmente todas las providencias...".

Luego se dictó el Decreto 2651 de 1991, "por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales", en cuyo artículo 56, inciso 2º y en cuanto a la intervención del Ministerio Público, se ordena:

"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 del caso."

El Decreto 2651 de 25 de noviembre de 1991, por el cual se dictan normas par descongestionar los despachos judiciales, fue expedido en uso de las facultades conferidas por el aparte e) del artículo transitorio 5 de la Constitución Política, aprobado por la Comisión Especial Legislativa. Este Decreto, así sea de manera transitoria (42 meses a partir del 10 de enero de 1992) quedó involucrado dentro de las normas procedimentales vigentes adecuándolas al fin propuesto cual es la descongestión efectiva de los despachos judiciales y a la celeridad de los procesos en curso y de los que se promuevan en el futuro.

En otras palabras, debe entenderse como lo entendió el auto recurrido en súplica que con el propósito ya expresado se introdujeron algunas modificaciones al régimen procesal, no sólo en materia de notificaciones al Ministerio Público sino en el trámite mismo del juicio, como ocurre con el advenimiento de la conciliación, del arbitramento y con la reforma de la etapa probatoria, etc., todo como ya se dijo, con el fin de descongestionar los despachos judiciales y lograr una justicia rápida.

Modificado como debe entenderse el artículo 127 del C.C.A., por el 56, inciso 2º del Decreto 2651 de 1991, ya no es obligatoria la notificación al Agente del Ministerio Público de todas las providencias sino solamente de la que admite la demanda. Por tanto la falta de notificación al Agente del Ministerio Público del auto que corre traslado para sustentar la apelación interpuesta, en este caso por el actor, no constituye como acertadamente lo considera la providencia recurrida, causal de nulidad.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión de lo Administrativo,

RESUELVE:

Confirmar el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y en firme, vuelva el proceso al despacho del Consejero Ponente.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de febrero de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano.*

PODER ESPECIAL / FUNCION PUBLICA - Inexistencia / HONORARIOS PROFESIONALES - Regulación

El poder termina sólo en el momento en que quien lo confirió presente en la Secretaría del Despacho, donde curse el asunto, el escrito que lo revoque o que se digne nuevo apoderado sustituto. El hecho de ejercerse un poder por parte de un funcionario público, en los casos en que no se hayan dado las circunstancias previstas en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, no constituye necesariamente el ejercicio de que una función pública, pues la actividad y las gestiones que en virtud de dicho poder deben adelantarse o cumplirse ante cualquier despacho del orden administrativo o judicial para atender el asunto de que se trate deben entenderse ajenas a esas circunstancias al ejercicio de las funciones públicas propias del cargo, pues mientras que éstos sólo tienen que ver con el debido cumplimiento de sus deberes como funcionario, aquéllas se derivan de la responsabilidad que adquirió al aceptar el poder, y, que, en los efectos que produzcan, en nada pueden inferir con la relación o situación laboral en que se encuentre.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 25 de 1993.

Ref.: Expediente número 520.

Actora: Pizza Hut Inc.

Procede el Despacho a decidir el incidente de regulación de honorarios profesionales propuesto por el abogado Pablo Edgar Pinto Pinto de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 69 del C. de P. C., y quien actuó como apoderado judicial de la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio, parte demandada en el proceso de la referencia.

SECCION PRIMERA

I. LA PROPOSICION DEL INCIDENTE

Mediante escrito presentado el 11 de septiembre de 1992, el abogado Pablo Edgar Pinto Pinto solicitó que mediante trámite incidental se regulen sus honorarios profesionales, para cuyo efecto pide tener en cuenta su intervención en la audiencia pública celebrada el 18 de junio de 1992, con "su ratificación", y la vigilancia que requirió el proceso desde el 30 de abril de 1992 (fl. 2. cdno. 3).

II. LA CONTESTACION DEL ESCRITO DEL INCIDENTE

En la contestación del escrito del incidente propuesto, el Superintendente de Industria y Comercio expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 4 a 9 *ibidem*):

1º El señor Pinto intervino en el proceso mediante poder que le fue conferido por la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de abogado vinculado como empleado de tiempo completo, en los términos del artículo 151, inciso segundo, del C.C.A., y cesó con su desvinculación voluntaria de la entidad.

En efecto si se tiene en cuenta que el señor Pinto se retiró voluntariamente de la entidad poderdante el 30 de abril de 1992, por haberse acogido al Plan de Retiro Compensado, resulta necesario concluir que al producirse su desvinculación, "...Necesariamente cesó su capacidad para desempeñar funciones públicas propias del cargo que ocupó hasta ese momento y también, necesariamente cesó su capacidad para representar a la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de un poder a él conferido en su calidad de funcionario vinculado a la entidad; lo cual, está comprendido por las funciones del cargo y tiene como único fundamento su vinculación a la entidad".

Por consiguiente, el ejercicio de las funciones de vigilancia y representación de la entidad demandada por parte de dicho profesional, con posterioridad al 30 de abril de 1992, carece de toda validez, e incluso puede constituir una violación del artículo 161 del Código Penal.

2º A pesar de que el poder conferido al abogado Pinto Pinto perdió validez desde la fecha de su desvinculación de la entidad poderdante, éste fue revocado el 18 de junio de 1992 y, por tal razón, al tenor del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, en esa fecha se produjo su terminación.

3º Desde la fecha de su desvinculación de la entidad demandada, hasta la fecha de revocación del poder, la Oficina Jurídica, en repetidas ocasiones, solicitó al señor Pinto sustituir todos los poderes que le hubieren sido conferidos para ejercer la representación de la entidad. Precisamente, por haber desatendido las solicitudes formuladas en tal sentido, y con el fin de evitar un ejercicio indebido de los poderes conferidos, el Superintendente de Industria y Comercio procedió a revocarlos.

Las repetidas solicitudes de sustituir los poderes, demuestra la expresa manifestación de voluntad de la entidad poderdante de que se abstuviera de seguir actuando en su representación. Dicha manifestación, "... unido al hecho de haber intervenido en la audiencia que dentro del proceso de la referencia se celebró, permite pensar que su evasiva a sustituir los poderes pudiese estar determinada por móviles relacionados con la indebida representación de la entidad que pretendió ejercer".

4º A partir de la fecha de desvinculación del señor Pinto, la Oficina Jurídica de la entidad demandada asumió directamente, por intermedio de sus funcionarios, la vigilancia de todos los procesos en los cuales dicho profesional había actuado como su apoderado. Sobre este hecho puede indagarse en la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado.

III. LAS PRUEBAS

De conformidad con el artículo 137, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, durante el trámite del incidente se decretaron, practicaron, y se dispuso tener como pruebas, las siguientes:

1ª Certificación expedida por el Jefe de la Sección de Personal de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el cargo y las funciones desempeñadas por el doctor Pablo Edgar Pinto Pinto como funcionario de dicha entidad, el tiempo de servicio, y la causa y fecha de su retiro (fls. 11 y 12 cdno. 3).

2ª Intervención del doctor Pinto Pinto en la audiencia pública llevada a efecto el 18 de junio de 1992, de acuerdo con la grabación magnetofónica que de ella obra a folio 288 del cuaderno 1 y el resumen que de la misma obra a folios 245 a 247 del mismo cuaderno.

3ª Certificación expedida por la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación, según la cual la persona que realizó la vigilancia del proceso durante el lapso comprendido entre el 1º de mayo y el 18 de junio

de 1992, fue el doctor Pablo Edgar Pinto Pinto, apoderado de la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio, quien según allí se expresa, concurrió en varias oportunidades a la Secretaría con el fin de realizar averiguaciones sobre el estado del mismo.

IV. CONSIDERACIONES

De los acápites que anteceden, el Despacho considera que el principal y, por tanto, primer punto que debe definirse para resolver este incidente, es el relacionado con el derecho o la ausencia del mismo que tenga el doctor Pablo Edgar Pinto Pinto a obtener el reconocimiento judicial de honorarios profesionales por las gestiones realizadas en el proceso de la referencia durante el período de tiempo comprendido entre la fecha de su desvinculación de la entidad demandada, a la cual prestaba sus servicios, y la fecha en que se produjo la revocatoria del poder a él conferido.

Para lograr el mencionado propósito, el Despacho se referirá inicialmente a cada uno de los argumentos en los cuales, la Superintendencia de Industria y Comercio, fundamenta su oposición a las pretensiones del incidente.

1º Como atrás se dio cuenta, el primer argumento de la Superintendencia de Industria y Comercio consiste en que el poder otorgado al doctor Pinto Pinto para representarla en el proceso de la referencia le fue conferido en su calidad de abogado, funcionario de la misma y, por tanto, desde el mismo momento en que hizo dejación de su cargo cesaron sus efectos y la capacidad de dicho ex funcionario para desempeñar las funciones públicas que implican la representación judicial de la entidad.

Del anotado argumento, se deduce que son dos los aspectos que deben estudiarse, a saber:

a) Si el hecho del retiro del servicio de un funcionario público, a quien se le confirió poder para representar judicialmente a la entidad a la cual se encontraba vinculado, tiene la virtualidad de hacer cesar en sus efectos dicho poder, a partir de la fecha de su desvinculación;

b) Si el ejercicio de un poder que le fuera conferido a un funcionario público, con posterioridad a la fecha de su desvinculación, implica el desempeño de funciónes públicas y, más concretamente, de aquellas que estaban asignadas al cargo que desempeñaba.

Con relación al primero de dichos aspectos, el Despacho considera que no asiste razón a la Superintendencia de Industria y Comercio pues, para casos como el presente, el inciso primero del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil es claro y categórico en el sentido de que el poder termina sólo en el momento en que quien lo confirió, presente en la Secretaría del despacho donde curse el asunto, el escrito que lo revoque o que designe nuevo sustituto.

Además, de lo anterior cabe agregar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna en la cual pueda tener asidero el planteamiento que se analiza, o que consagre una excepción a la regla trazada por el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil y, en cambio, sí se encuentra aquélla contenida en el numeral 2 del artículo 55 del Decreto 196 de 1971, que constituye el estatuto del ejercicio de la abogacía, según el cual el abogado que sin justa causa descuide o abandone el asunto que se le haya encargado, incurre en falta a la debida diligencia profesional.

En cuanto al segundo aspecto, que en criterio del Despacho guarda estrecha relación con el que se acaba de analizar, se considera que el hecho de ejercerse un poder por parte de un funcionario público, en los casos en que no se hayan dado las circunstancias previstas en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, no constituye necesariamente el ejercicio de una función pública, pues la actividad y las gestiones que en virtud de dicho poder deben adelantarse o cumplirse ante cualquier despacho del orden administrativo o judicial para atender el asunto de que se trate deben entenderse ajenas en esas circunstancias al ejercicio de las funciones públicas propias del cargo, pues mientras que éstos sólo tienen que ver con el debido cumplimiento de sus deberes como funcionario, aquéllas se derivan de la responsabilidad que adquirió al aceptar el poder, y que, en los efectos que produzcan, en nada pueden interferir con la relación o situación laboral en que se encuentre.

2º En cuanto al segundo argumento de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Despacho considera que ya fue suficientemente analizado y definido en el estudio del punto anterior.

3º Con relación al tercero de los argumento de la Superintendencia de Industria y Comercio, consistente en que el doctor Pinto Pinto hizo caso omiso a las solicitudes que se le formularon para sustituir los poderes, el

Despacho considera que constituye una simple afirmación subjetiva, pues carece de todo respaldo probatorio.

4º Sobre el cuarto argumento de la mencionada entidad del Estado, según el cual durante el lapso comprendido entre el 30 de abril y el 18 de junio de 1992, fecha esta última en la cual se presentó el memorial de revocatoria de poder conferido al doctor Pinto Pinto, el proceso no fue atendido por dicho profesional, sino por otros funcionarios de la Superintendencia, el Despacho considera que él se desvirtúa con la certificación expedida por la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación, en la cual expresa, como atrás se consignó, que fue el doctor Pinto Pinto quien estuvo vigilante del mismo.

Ahora bien, definido como se encuentra que las actuaciones o diligencias llevadas a cabo por el doctor Pablo Edgar Pinto Pinto en el proceso de la referencia, durante el período de tiempo comprendido entre el 30 de abril y el 18 de junio de 1992 fueron consecuencia del válido ejercicio del poder a él conferido por la Superintendencia de Industria y Comercio, corresponde al Despacho definir si ellos deben tener o no un reconocimiento económico y, en caso afirmativo, cuál sería el *quantum* de los honorarios profesionales por dichas gestiones.

Al respecto, dado que las gestiones o actuaciones cumplidas por el incidente durante el mencionado lapso lo fueron a título de abogado particular, y en ejercicio de un poder legalmente conferido, resulta evidente que en este caso cabe predicar la existencia de un contrato de mandato, en los términos de los artículos 2142 y siguientes del Código Civil, el cual, al no ser gratuito por esencia, y ante la natural ausencia de una remuneración pactada, corresponde al juez, con fundamento en la ley, proceder a su justa tasación. Para lograr este efecto, el Despacho acude a la Resolución 0020 de 20 de enero de 1992, emanada del Ministerio de Justicia (Diario Oficial 40.335), mediante la cual se aprobó la tarifa de honorarios profesionales del Colegio Nacional de Abogados.

Como quiera que en el presente caso se da la circunstancia de que a pesar de haberse ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el proceso carece de cuantía, como se desprende de las pretensiones de la demanda, se hace imperativo acudir a la tarifa establecida en el numeral 4.17 de dicha resolución para las acciones de simple nulidad, cuyo monto debe determinarse sobre una base mínima de cuatro salarios mínimos. Sin embargo, teniendo en cuenta que la labor profesional llevada a cabo por el doctor Pinto Pinto durante el mencionado lapso,

consistió en la vigilancia del proceso, en la intervención en la audiencia pública celebrada el 18 de junio de 1992, y en la presentación de un resumen de la misma, como consta en el expediente (fls. 245 a 247 y 288 cdno. 1), el Despacho, en la parte resolutiva de esta providencia regulará sus honorarios profesionales en la suma de cuarenta mil pesos ($40.000) m/cte., los cuales serán de cargo de la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, el Despacho,

RESUELVE:

Regúlanse los honorarios profesionales del doctor Pablo Edgar Pinto Pinto en la suma de cuarenta mil pesos ($40.000) m/cte., los cuales serán de cargo de la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

AUXILIOS / CELEBRACION DE CONTRATOS / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO

Si en el acto acusado se expresa que para los efectos del Decreto se consideran entidades públicas a las Sociedades de Economía Mixta* sujetas al Régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, *forzoso es concluir que dicho acto no hace más que cumplir con el mandato contenido en las disposiciones legales que asimilan las citadas sociedades a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuando el aporte de éste en el capital social de aquéllas sea del 90 o más, buscando hacer más expedita en su aplicación la norma del artículo 355 inciso primero de la Constitución, lo que constituye la razón de ser del reglamento y cumplimiento así con el espíritu y la finalidad del precepto constitucional de dar protección al tesoro público al prohibir el decreto de auxilios y donaciones permitiendo la celebración de los contratos a que alude el inciso segundo* ibídem, *reglamentado por los Decretos 0777 y 1403 de 1992.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2171.

Acción de nulidad contra el parágrafo del artículo 3º del Decreto 1403 de 26 de agosto de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Actores: Gustavo Humberto Rodríguez y María Carolina Rodríguez.

Los ciudadanos Gustavo Humberto Rodríguez R. y María Carolina Rodríguez Ruiz, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo,

solicitan de esta Corporación la declaratoria de nulidad del parágrafo del artículo 3º del Decreto 1403 de 26 de agosto de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992".

DISPONE EL ACTO ACUSADO:

"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."

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION

Citan los actores como vulnerados con el acto impugnado, los artículos 115, 355, inciso 1º y numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional; 1º del Decreto 1050 de 1968; 29 del Código Civil y 461 del Código de Comercio.

Hacen Consistir la violación así:

1. El artículo 355 inciso 1º de la Constitución Nacional 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 artículo 115 *ibidem*, no hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, cualquiera que sea el aporte estatal. Por ello esta norma también resultó violada.

2. Se violó el numeral 11 del artículo 189 *ibidem*, que atribuye al Presidente de la República la potestad reglamentaria "para la cumplida ejecución de las leyes", pues en el caso cuestionado, la zona de reserva constitucional se invadió, ya que si el artículo 355 dispuso con criterio orgánico que ninguna de las ramas y órganos 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 disposición del artículo 1º del Decreto 1050 de 1968, al incluir el acto acusado a tales sociedades entre las entidades públicas a las cuales se refiere la prohibición de dar auxilios o donaciones, excedió la disposición constitucional del artículo 355. Dicho desbordamiento se observa cuando el citado parágrafo consagra ... "además de las otras previstas en la Constitución y la ley...", pues con ello se deja claramente establecido que excediendo a

la Constitución incluye a tales sociedades entre los órganos del poder público.

3. Se violó, igualmente, el artículo 1º del Decreto 1050 de 1968 al incluir a las sociedades de economía mixta dentro de las entidades públicas, cuando tal artículo las excluye expresamente de la rama Ejecutiva del Poder Público. Y es que conforme a los criterios de distinción que traen los tratadistas Sayaguez Laso y Héctor José Escola, tanto las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como las sociedades de economía mixta, son personas jurídicas no estatales.

4. Cuando el artículo 355 de la Constitución Nacional se refiere a los órganos del Poder Público o al Gobierno, está aludiendo a las entidades jurídicas públicas no 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 parágrafo acusado, la regla hermenéutica del artículo 29 del C.C., pues la ley (C. de Co.; Dec. 1050 de 1968; 3130 de 1968 y 130 de 1976), dice cuáles son las entidades o los órganos del poder público, así como lo hace el artículo 115 de la Constitución Nacional.

5. Siendo sociedades de economía mixta, se sujetan a las normas del derecho privado, como preceptúa el artículo 461 del C. de Co., norma ésta que por tanto también resultó violada.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 6 de noviembre de 1992, se admitió la demanda y se denegó el decreto de suspensión provisional por no encontrarse de manera ostensible, *prima facie*, el quebranto de las disposiciones constitucionales y legales invocadas como vulneradas.

Del auto admisorio de la demanda se notificó la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien por medio de apoderado contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis lo siguiente:

1. Si bien por el carácter formal del acto acusado se trata de una norma de jerarquía inferior a la ley, su contenido lo instala al mismo nivel de ésta, a tal punto que sobre la materia se restringe la posibilidad reglamentaria por parte del Congreso Nacional. En este sentido su carácter y naturaleza corresponden a la de los decretos de soporte constitucional y el juicio acerca de su legalidad debe ceder a esta especial característica. La

demanda parte de una apreciación fallida en cuanto al control que debe ejercerse sobre esta clase de actos y los límites que ésta tiene.

2. De los artículos 1º y 3º del Decreto-ley 1050 de 1968, no se puede colegir que las sociedades de economía mixta hayan sido expresamente excluidas de la Rama Ejecutiva, porque a pesar de que no se encuentre en la ordinalización de que da cuenta el artículo en su primera parte, no se lee un señalamiento de esa índole, y, además, porque en el parágrafo del mismo artículo se establece que tales sociedades están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control. De otra parte, no ha sido irrelevante tanto para la doctrina como para las jurisprudencia, la asimilación de una clase de sociedades de economía mixta a empresas industriales y comerciales del Estado.

3. Al autorizar el artículo 355 de la Carta al Gobierno para regular la celebración de determinados contratos por parte del propio Gobierno en sus diferentes niveles, estaba remitiéndose parcialmente al artículo 115 de la Constitución. Si la naturaleza de las actividades de la entidad fuera el criterio determinante, seguramente este artículo no hubiera incluido a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Ella incluyó a estas empresas como Rama Ejecutiva y razonablemente puede sostenerse que no era su intención excluir, como en efecto no lo hizo, a las sociedades de economía mixta, cuya única diferencia con las primeras está en la presencia de capital particular.

4. La norma impugnada no viola la autonomía de las sociedades de economía mixta ni altera el querer de los creadores de las mismas, sino que se limita a abrirles una puerta que la propia Constitución había contemplado implícitamente.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación considera que deben denegarse las súplicas de la demanda, por cuanto del contenido del acto acusado se infiere que no fue intención del Gobierno modificar la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de las empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuando expresó sólo "para efectos del presente Decreto".

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a desatar la controversia previas las siguientes,

SECCION PRIMERA

CONSIDERACIONES:

Aun cuando la parte demandada expresamente no plantea la excepción de falta de competencia, de los razonamientos expuestos en la contestación de la demanda se infiere tal proposición y por ello la Sala antes de entrar al estudio de fondo de la controversia, debe precisar, como lo ha hecho en otras oportunidades, que esta Corporación es competente para conocer de la acción instaurada, por cuanto el control para esta clase de decretos como el que es objeto de análisis en el evento *sub lite,* no está expresamente atribuido al conocimiento de la Corte Constitucional en el artículo 241 de la Carta Política; tampoco se trata de un acto administrativo a los que se refiere el artículo transitorio 5º en virtud de la competencia adscrita a dicha Corporación en el artículo Transitorio 10 *ibidem*, por lo cual en armonía con lo preceptuado en el artículo 237 numeral 2º *ibidem*, el Consejo de Estado tiene frente a ellos una competencia residual en materia de tal control constitucional.

Para una mejor comprensión del acto que se acusa y del alcance que esta norma tiene, es menester conocer el contenido del artículo 2º del Decreto 0777 de 1992, del cual forma parte, y como quedó después de su modificación y adición por el Decreto 1403 de 1992. Para ello se procede a su transcripción:

"Artículo 2º. Están excluidos 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 tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contatación 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 coope-

rativas 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 aquéllas 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 los 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 del Dec. 1403 de 1992).

Según los actores, el haber incluido el parágrafo enjuiciado a las sociedades de economía mixta como entidades públicas, quebranta con ello los artículos 355 inciso 1º, 189 numeral 11 y 115 de la Constitución Nacional; 1º del Decreto 1050 de 1968; 29 del C.C. y 461 del C. de Co.

Estima la Sala que no asiste razón a los demandantes por las siguientes consideraciones:

1ª El concepto de entidades públicas a la luz del Derecho Administrativo es bastante amplio, como quiera que comprende a toda persona jurídica de Derecho Público, dentro del cual tienen cabida las entidades descentralizadas de todos los órdenes y clases.

2ª La finalidad del artículo 355 inciso 1º de la Constitución Nacional al consagrar la prohibición absoluta de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, por parte de las entidades públicas, no fue otra que la de proteger los recursos del Estado, esto es, el *tesoro público*, concepto éste que conforme lo dispone el artículo 128 de la Constitución Nacional, debe entenderse como el que corresponde a la Nación, entidades territoriales y entidades descentralizadas.

3ª Si las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas que son, para el cumplimiento de su objeto social poseen capital conformado por aportes del Estado y de los particulares, puede afirmarse sin temor a equívocos que manejan recursos que pertenecen al tesoro público.

4ª El artículo 115 de la Constitución Nacional modificó el artículo 1º del Decreto 1050 de 1968, al incluir a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como entidades que pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Conforme a la ley, cuando los aportes estatales en las sociedades de economía mixta sean del 90% o más del capital social, éstas se someterán a las disposiciones previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

6. De lo anterior resulta que si en el acto acusado se expresa que para los efectos del decreto se consideran entidades públicas a las Sociedades de Economía Mixta *sujetas al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado*, forzoso es concluir que dicho acto no hace más que cumplir con el mandato contenido en las disposiciones legales que asimilan las citadas sociedades a las empresas industriales y comerciales del Estado, cuando el aporte de éste en el capital social de aquéllas sea del 90% o más, buscando hacer más expedita en su aplicación la norma del artículo 355 inciso primero de la Constitución, lo que constituye la razón de ser del reglamento y cumpliendo así con el espíritu y la finalidad del precepto constitucional de dar protección al tesoro público al prohibir el decreto de auxilios y donaciones, permitiendo la celebración de los contratos a que alude el inciso segundo ibídem, reglamentado por los Decretos 0777 y 1403 de 1992.

Por los razonamientos aducidos habrá de denegarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

1º Deniéganse las pretensiones de la demanda instaurada por Gustavo Humberto Rodríguez R. y María Carolina Rodríguez Ruiz contra el parágrafo del artículo 3º del Decreto 1403 de 1992.

2º *Devuélvase* a la parte actora la suma de dinero depositada para gastos del proceso que no fue utilizada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

IGUALDAD ANTE LA LEY / CELEBRACION DE CONTRATOS / PERSONAS SIN ANIMO DE LUCRO / AUXILIOS - Improcedencia

La igualdad frente a la ley es un principio que tiene como premisa la igualdad fáctica de sus destinatarios que es la que se ignora en los supuestos presentados por los impugnantes, porque al dar a las personas jurídicas de derecho privado carentes de ánimo lucrativo el trato consignado en al artículo 1º del Decreto 777 de 1992, sólo está elaborando la distinción trazada por el Constituyente, según la cual los contratos podrán celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. El artículo 1º del Decreto 777 de 1992 lo que hace es reglamentar aquella previsión constitucional (art. 355, inc. 2º C.P.) al establecer que los contratos que así se llevan a cabo deben constar por escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, pero salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983, sin que pueda pensarse válidamente que por establecerse estas condiciones desaparezca la consiguiente en que los contratos a más de tener como meta el impulsar programas y actividades de interés público, éstos deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, así esta última circunstancia la contemple el estatuto reglamentario, pero sin que tal omisión pueda considerarse como que quebranta la norma superior.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2073.

Decretos del Gobierno.

Actores: Víctor Velásquez Reyes e Israel Morales Portela.

Los ciudadanos Víctor Velásquez Reyes e Israel Morales Portela, en ejercicio de la acción pública de nulidad, solicitan a esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 1º y 2º del Decreto 777 de 16 de mayo de 1992, expedido por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Económico y de Salud, e igualmente suscrito por el Director del Departamento Nacional de Planeación, "por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política".

HECHOS DE LA DEMANDA

Hacen referencia a las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual determinó, dicen, en el artículo 355 de la Carta, la prohibición de otorgar auxilios, donaciones, subvenciones, gratificaciones u otras erogaciones en favor de cualquier persona o entidad. Mencionan los debates en la plenaria de la Asamblea y señalan que al revisar el acta del día 11 de junio de 1991, se encontró que se aprobó la prohibición de otorgar esos estímulos por 50 votos contra 11; y que, de igual manera, el delegatario Alfonso Palacio Rudas dejó constancia que obra a página 6 de la Gaceta Constitucional del viernes 23 de agosto de 1991, según la cual, en su opinión, "esa norma al prohibir al Congreso y a cada una de sus cámaras decretar donaciones, gratificaciones, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones en favor de cualquier persona o entidad, está acabando, prácticamente, con el voluntariado y con todos *aquellos entes de derecho privado* que estatutariamente tienen como finalidad prestar un servicio humanitario y altruista en beneficio de la comunidad" (el destacado es de los actores).

NORMAS VIOLADAS

Concepto de la violación

Señalan como violados los artículos 2, 3, 4, 6, 13, 23, 53-5, 95 inciso 2; 136, 155, 192-1 y 355 de la Constitución Nacional.

Explican la violación argumentando que el artículo 1º del Decreto 777 de 1992 contraría el principio de la igualdad de todas las personas frente a la ley, consagrada en el artículo 13 de la Carta, porque no pueden existir privilegios para unos en detrimento de otros. Frente a la oportunidad de contratación todos deben partir del mismo presupuesto, y en el

artículo 1º del Decreto acusado se establece un privilegio para las instituciones sin ánimo de lucro, las que por el imperio del artículo 13 de la Carta no pueden tener, puesto que el beneficio o privilegio únicamente es permitido para los "grupos discriminados o marginados", y esto para que ,"la igualdad sea real y efectiva", y no siendo los entes sin ánimo de lucro, grupos discriminados o marginados, no pueden tener el beneficio que se otorga por el artículo 1º, cuando señala que se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. Por tanto, no puede señalarse a dedo las entidades que van a suscribir determinado contrato, precisamente por contrariar la igualdad jurídica que ello implica. Surge, igualmente, la inconstitucionalidad cuando al someter esos contratos a los requisitos que la ley exige para la contratación entre particulares, se permite que éstos sean a título gratuito, carácter éste que define el artículo 1497 del C.C. Por eso el artículo 136 de la Carta le negó al Congreso la autorización para ordenar auxilios a entidades o personas sin ánimo de lucro. En fin, dicen, se permite bajo la denominación de contratos, otorgar beneficios prohibidos, en una aplicación incorrecta del inciso 2º del artículo 355 de la Constitución, toda vez que no puede haber compromiso de carácter benéfico con entes privados sin ánimo de lucro; ni pueden las personas naturales o jurídicas recibir dineros del erario sino a título oneroso o conmutativo, es decir, debe existir una contraprestación.

En lo que respecta al artículo 2º del Decreto 777 de 1992, manifiestan que al estatuir éste que "Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto: 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 Pública y ..." significa que los contratos de naturaleza conmutativa u onerosa, o sea en donde hayan obligaciones y beneficios recíprocos, no están sujetos al artículo 1º del mismo decreto y queda abierta la puerta para que se otorguen las gratificaciones o subvenciones, pese a la perentoria prohibición constitucional prevista en los artículos 136 y 355.

Agregan que no puede olvidarse que los auxilios ordenados o decretados por el Congreso en 1990 y no ejecutados o pagados aún, no pueden efectuarse por mandato del artículo 9º de la Ley 153 de 1887.

En este orden de ideas, no puede autorizarse y menos pagarse los auxilios a través de contratos como lo pretenden los artículos 1º y 2º del decreto atacado, y menos dilapidarse el presupuesto de 1991.

RAZONES DE LA DEFENSA

A la demanda dio contestación la Nación por medio de los Ministerios de Desarrollo Económico, de Salud y de Hacienda y Crédito Público, aunque este último extemporáneamente.

Del traslado para alegar de conclusión hicieron sí uso oportuno no sólo los citados Ministerios sino también el Departamento Nacional de Planeación. El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

En las referidas piezas procesales se opusieron todos ellos a las pretensiones de la demanda con iguales o semejantes argumentos que se condensan a continuación:

En relación con la presunta violación del artículo 13 de la Carta.

En aplicación de lo previsto en los artículos 27 y 30 del Código Civil, se concluye que los actores han dado una interpretación errada al artículo 13 de la Carta Fundamental, cuando su sentido es claro. En efecto, contrario a lo que se argumentó, la precitada disposición constitucional se refiere a un derecho fundamental de la persona humana: El de la igualdad de éstas ante la ley, es decir, de oportunidades para el desenvolvimiento de la persona humana en sociedad, meollo del régimen democrático, igualdad que es sinónimo de justicia distributiva y conmutativa.

En relación con el artículo 355 de la Constitución Política.

Al decir de los actores, los artículos 1º y 2º del Decreto 777 de 1992 al permitir que la celebración de los contratos a que se refiere el artículo 355 de la Carta sea a título gratuito, conllevan a que se otorguen las gratificaciones o subvenciones, pese a la prohibición constitucional.

Los contratos celebrados dentro de lo que conceptúa el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Nacional, pueden dividirse en dos clases básicas: existen aquellos contratos que reportan una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante, y aquellos que las entidades administrativas territoriales pueden celebrar sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento o municipio respectivo, sino que tienen por objeto lograr la mejoría del servicio o el cumplimiento de unos deberes sociales asignados constitucionalmente al Estado colombiano.

El decreto contempló esa bifurcación y se ocupó exclusivamente de aquellos contratos no previstos para beneficiar a la entidad sino a la comunidad. Esto jamás equivale a haber establecido la posibilidad de que

las entidades públicas, contraten sin que la entidad privada sin ánimo de lucro quede obligada a una prestación determinada, sino que tal prestación deberá desarrollarse con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, para la comunidad en general.

El numeral 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 corrobora lo anterior al decir que estarán excluidos del ámbito de su aplicación los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigente.

Pese a que la demanda, como se verá, no satisface las exigencias del artículo 137-4 del C.C.A. en lo que respecta a la acusación contra el artículo 2º del Decreto 777 en sus numerales 2º, 3º y 4º y la parte demandada se refirió a ella expresando, en síntesis, que dado el contenido de tales previsiones en ninguna de ellas se justificaría ni tendría sentido la celebración de contratos, y que basta su lectura para llegar a esta conclusión.

CONSIDERACIONES

Pese a la larga lista de normas constitucionales que señalan los actores como violadas, los dos cargos que concretan en su demanda sólo dan cuenta de que infringen los artículos 13 y 355 de la Constitución Política.

Dichos cargos están enderezados contra los artículos 1º y 2º del Decreto 777 de 1992, pero respecto de esta última disposición la censura se contrae sólo al numeral 1º, según se desprende del contenido mismo del libelo demandatorio. Es decir, que no se da el concepto de la violación con respecto de los numerales 2º, 3º y 4º que también integran el acusado artículo 2º, en un claro incumplimiento de lo exigido en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., conforme al cual no sólo deberá expresarse la norma que se estima infringida con el acto, sino que tendrá que explicarse el alcance y el sentido de la infracción.

Esta exigencia de cita de las disposiciones violadas y del concepto de la violación fuera de ser legal ha sido objeto de delimitación por parte del Consejo de Estado, organismo que en forma reiterada ha sostenido que en el proceso contencioso administrativo no se da un control general de

legalidad y que el juzgador no tendrá que analizar sino los motivos de violación alegados por el actor y las normas que éste mismo estime como vulneradas.

Hecha esta pertinente aclaración, procede la Sala al examen de los cargos.

El Decreto 777 de 16 de mayo de 1992 fue expedido por el Gobierno Nacional y por él "se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política", precisamente una de las normas que los demandantes estiman infringidas.

Para facilitar el análisis se transcribirá a continuación el texto íntegro de los dos artículos del citado Decreto 777, acusados:

"Artículo 1º. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los departamentos, distritos y municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

"Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, aquellos que celebren la Nación y los establecimientos públicos del orden nacional cuya cuantía sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros.

"Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado.

"Artículo 2º Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

"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 pública, 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 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, creada por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y funciones de participación mixta en cuyos órganos directivos esté representada la respectiva entidad pública, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación.

"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 aquéllas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma."

La censura referente a que el artículo 1º del Decreto 777 de 1992 viola el artículo 13 de la Carta, consiste, como ya se anotó, en que aquella disposición consagra un beneficio a favor de los entes sin ánimo de lucro, desconociendo que el privilegio es únicamente permitido para los "grupos discriminados o marginados" y que aquéllos no lo son.

El texto del inciso 2º del artículo 13 de la Carta es la confirmación del principio de la igualdad legal o formal ya consagrado en el inciso 2º del artículo 2º del mismo estatuto. En efecto, reza así aquella disposición:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."

Y el artículo 2º de la Constitución Nacional consagra la igualdad sustancial, es decir, aquella en la cual ya el Estado va a garantizar que se haga efectiva esa igualdad, propósito que no puede entenderse sino como la materialización progresiva de condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades de desarrollo humano. Ciertamente, así lo dispone dicha disposición cuando estatuye que:

> "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de grupos discriminados o marginados."

Debe observarse, pues, que la igualdad frente a la ley es un principio que tiene como premisa la igualdad fáctica de sus destinatarios que es la que se ignora en los supuestos presentados por los impugnantes, porque al dar a las personas jurídicas de derecho privado carentes de ánimo lucrativo el trato consignado en el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, sólo está elaborando la distinción trazada por el constituyente, según la cual los contratos podrán celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Y, desde luego que, cuando se señala en él que se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, no se está insertando elemento alguno que irrespete o afecte los principios contenidos en el canon 13 de la Carta, como lo creen equivocadamente los actores, ni se altera ni coarta el derecho de libre asociación garantizado en el artículo 38 *ibidem*, para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

En este orden de ideas, resulta infundada la acusación en el sentido de que con el artículo 1º del Decreto 777 se crea un privilegio en favor de las mencionadas personas, menos cuando para celebrar los referidos contratos a las mencionadas entidades se les exigen requisitos que el mismo decreto establece, tales como el otorgamiento de garantías (art. 5º) y se les impone los controles y la vigilancia que implica la interventoría (art. 6º), a fin de acatar lo dispuesto en el artículo 11 que dice:

> "Con los recursos públicos que reciba la entidad sin ánimo de lucro, en razón del respectivo contrato, se efectuarán gastos únicamente para el cumplimiento del objeto del mismo."

La censura se concreta en que mediante el artículo 1º del Decreto impugnado se hace una interpretación incorrecta del inciso 2º del artículo

355 de la Constitución Nacional aduciendo los accionantes que no puede haber compromisos de carácter benéfico con entes privados sin ánimo de lucro, ni pueden éstos recibir dineros del erario sino a título oneroso o conmutativo.

No cabe duda de que el artículo 355 de la Carta regula dos situaciones diferentes: en el primer inciso se consagra la prohibición absoluta para las ramas y órganos del poder público de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, es decir, que se transfieren, sin contraprestación alguna, en forma gratuita a personas de derecho privado de cualquier naturaleza. En el segundo, se autoriza al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, a celebrar contratos utilizando recursos públicos, con entidades privadas sin ánimo de lucro, pero con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acorde con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, lo cual excluye el carácter de gratuito de los mismos, pues el contratista que debe ser de reconocida idoneidad, asume la obligación de impulsar los referidos programas en una especie de colaboración con la gestión de las actividades estatales que se contengan en los aludidos planes.

El artículo 1º del Decreto 777 de 1992 lo que hace es reglamentar aquella previsión constitucional al establecer que los contratos que así se llevan a cabo deben constar por escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, pero salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983, sin que pueda pensarse válidamente que por establecerse estas condiciones desaparezca la consistente en que los contratos a más de tener como meta el impulsar programas y actividades de interés público, como así lo reitera la disposición demandada, éstos deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, como lo exige el citado texto constitucional, así esta última circunstancia no la contemple el estatuto reglamentario, pero sin que tal omisión pueda considerarse como que quebranta la norma superior.

Aquí es oportuno traer a colación un aparte del auto de 12 de noviembre de 1992 en el que con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez, en el expediente 2138, con ocasión de la acción de nulidad incoada por Hernán Darío Vergara y otros contra el artículo 3º del mismo Decreto 777 de 1992, esta Sección consignó:

"Por lo demás, la Sala reitera lo dicho sobre el alcance del poder o facultad concedido al Gobierno en la parte *in fine* del inciso segundo del artículo 355 de la Carta: esta potestad es para reglamentar la materia relativa a la contratación (formas, procedimientos, modalidades, requisitos, etc.), con observancia de los preceptos constitucionales, lo que indica que no puede llegar la normatividad reglamentaria hasta el extremo de impedir la obligatoriedad de aquéllos, la intervención de los organismos competentes en la elaboración o en la expedición del Plan Nacional de Inversiones, o el no sometimiento del actual Gobierno, en el resto de su período constitucional, a la misma normatividad mediante el mecanismo de obtener el consentimiento o bendición de una Comisión o Consejo compuesta fundamentalmente por servidores públicos integrantes del propia Gobierno."

En suma, la contraprestación y condiciones que contempla el inciso 2º del artículo 355 de la Carta, a las que debe someterse el contratista, ente privado sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, no se desconoce el artículo 1º del Decreto 777 de 1992; y esas características antes que eliminar el carácter oneroso del contrato, lo confirman.

En relación con el argumento de que los auxilios ordenados o decretados por el Congreso en 1990 y no ejecutados y pagados aún, no pueden efectuarse por mandato del artículo 9º de la Ley 153 de 1887, es reflexiva que no encuadra ni guarda relación lógica con las pretensiones y cargos deducidos en la demanda.

En cuanto a que, como lo expresan los actores "en este orden de ideas, no puede autorizarse y menos pagarse los auxilios a través de contratos como lo pretenden los artículos 1º y 2º del Decreto atacado, y menos dilapidarse el presupuesto de 1991, como lo ordena el decreto en comento", tal manifestación constituye simplemente una *petición de principio,* al considerar o dar por sentado que los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Carta y a los cuales se refiere el artículo 1º del decreto acusado respetando sus condiciones, son de carácter gratuito, índole que ya ha sido desvirtuada en los párrafos precedentes.

Finalmente queda por señalar que los contratos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista *directamente* en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que

las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquéllos sean excluidos por el mismo artículo 2º acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición.

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

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:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 25 de febrero de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONSEJO DE ESTADO / SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA FUNCIONAL

Las disposiciones emanadas de la Corporación, tendientes a agilizar el trámite de los negocios, distribuyéndolos según la especialización de cada sección pero que son de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo y, en general, del Consejo de Estado, no tienen el sentido de delimitar competencias o de suprimirlas, pues no está dentro de sus funciones ni dentro de sus facultades el hacerlo. La competencia del Consejo de Estado está determinada en la Ley, concretamente en el Título XIV, artículos 128 y 129 del Código Contencioso Administrativo, en primera y segunda instancia, respectivamente. En esta norma, no se distribuye por secciones la competencia de la Corporación la cual es, por su naturaleza, inescindible.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 26 de 1993.

Autoridades Departamentales.

Ref.: Expediente número 2206.

Actores: Luis Vargas Acosta y otro.

En memorial firmado el once de diciembre de 1992, el señor apoderado de la parte demandante (fl. 5, cdno. 2), solicita "que se decrete la nulidad de todo lo actuado por la Sección 1ª, pues ella, al tenor del acuerdo 39 de 1990 del Honorable Consejo, no tiene competencia para actuar (C. de P. C., 140, 2)".

SE CONSIDERA:

Invoca el peticionario, como única razón de su solicitud, que al tenor del Acuerdo 39 de 1990 del Consejo de Estado, la Sección Primera "no tiene competencia para actuar".

Interpretando la precariedad de lo dicho por el libelista, la Sala entiende que lo que realmente trató de decir, es que la Sección Primera no es competente para actuar en el proceso dentro del cual él representa a una de las partes.

Apoya la solicitud de nulidad de lo actuado, como se viene diciendo, en el Acuerdo 39 de 1990 del Consejo de Estado. Esta disposición, por la cual se modifica el Acuerdo número 01 de 1971, es de carácter interno de la Corporación y según lo estipulado en su artículo 1º, tiene como finalidad, para efectos de repartimiento, la distribución entre sus diversas secciones de los negocios que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo.

La Ley 50 de 1967, "por la cual se determina el número de Consejeros de Estado y se dictan algunas normas sobre su funcionamiento", había previsto en el artículo 3º que "en su reglamento el Consejo de Estado proveerá sobre la distribución de trabajo interno con el fin de especializar las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo". Es decir, que las disposiciones emanadas de la Corporación, tendientes a agilizar el trámite de los negocios, distribuyéndolos según la especialización de cada sección, pero que son de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo y, en general, del Consejo de Estado, no tienen el sentido de delimitar competencias o de suprimirlas, pues no está dentro de sus funciones ni dentro de sus facultades el hacerlo.

La competencia del Consejo de Estado está determinada en la ley, concretamente en el Título XIV, artículos 128 y 129 del Código Contencioso Administrativo, en primera y en segunda instancia, respectivamente. En esta norma, no se distribuye por secciones la competencia de la Corporación la cual es, por su naturaleza, inescindible.

Hechas las anteriores precisiones, el Despacho considera improcedente la solicitud de nulidad de todo lo actuado por esta Sección y, en consecuencia, *la deniega.*

En firme esta providencia, vuelva el negocio al Despacho para lo pertinente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado.

AUDITOR FISCAL - Creación / CONCEJO MUNICIPAL / CONTRALOR MUNICIPAL / COMPETENCIA

La Ley 53/90 (art. 1º) está asignando una competencia a los Concejos Municipales o a los Contralores Municipales, según el caso, para elegir a los auditores o Revisores de las entidades descentralizadas, pero supeditada siempre tal competencia a la viabilidad de la creación del cargo por parte de las disposiciones vigentes. **Confirma la nulidad** ***del Acuerdo número 05 de 5 de marzo de 1991, del Concejo Municipal de Medellín "por medio del cual se crea la Auditoría Especial para el Instituto Metropolitano de Valorización, INVAL, y se dictan otras disposiciones".***

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2207.

Recurso de apelación contra la sentencia de 14 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Actor: Oscar J. Uribe M.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el impugnador de la demanda Germán Restrepo Henao, contra la sentencia de la referencia por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad del Acuerdo número 05 de 5 de marzo de 1991, del Concejo Municipal de Medellín "por medio del cual se crea la Auditoría Especial para el Instituto Metropolitano de Valorización, INVAL, y se dictan otras disposiciones".

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las pretensiones de la demanda, en apoyo de la jurisprudencia de esa Corporación (sent. de 19 de diciembre de 1984,

Expediente No. 18138) y del Consejo de Estado (sent. de 6 de septiembre de 1979, Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla), consideró el *a quo*:

1. La impugnación del Acuerdo número 05 de 5 de marzo de 1991, se fundamenta en la falta de competencia del Concejo Municipal de Medellín para crear Auditorías independientes y autónomas en las entidades descentralizadas.

2. Lo preceptuado en el artículo 190 de la Constitución Nacional de 1886, fue repetido en el artículo 304 del Decreto 1333 de 1986, y la nueva Carta Política en forma similar al anterior artículo 190 lo consigna en su artículo 272, por lo que salta a la vista la conclusión de que el único organismo que puede ejercer la fiscalización del manejo de los dineros públicos que realizan las entidades descentralizadas municipales es la Contraloría Municipal, cuando ella exista, o la Departamental en su defecto y no es posible la existencia de una Auditoría Fiscal que ejerza funciones paralelas.

3. En cuanto al argumento de que el acto impugnado crea la Auditoría Especial del INVAL en los términos y para los efectos del artículo 1º de la Ley 53 de 1990, se insiste en que la vigilancia de la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas corresponde, en caso de existir Contraloría, al Contralor Municipal por mandato expreso del artículo 307 del Decreto 1333 de 1986, y la Ley 53 de 1990 no se ocupó, ni podía hacerlo, de la función fiscalizadora de los Auditores o Revisores por cuanto la Constitución la asignaba y asigna a los Contralores Municipales.

Además, y si en gracia de discusión se sostiene que dicha ley brinda la posibilidad a los Concejos de crear auditorías, tal norma condiciona esa facultad a la autorización de las normas vigentes, y para el caso objeto de controversia no existen esas disposiciones.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Los motivos de inconformidad del recurrente frente al fallo apelado, pueden resumirse así:

1. Tanto la Ley 11 de 1986, como el Decreto 1333 del mismo año, hacen referencia a los Auditores y Revisores como funcionarios susceptibles de ser elegidos por el Concejo, para las entidades descentralizadas.

2. La Ley 53 de 1990 en su artículo 1º, sustitutivo de la atribución segunda del artículo 93 del Decreto 1333 de 1986, expresamente autorizó

a los concejos municipales para elegir Auditores o Revisores de las entidades descentralizadas del orden municipal. Cuando los auditores o revisores cumplen su función ante la Administración Central, son designados en todos los casos por los respectivos Contralores Municipales, careciendo por tanto de poder nominador al ser subalternos de éstos.

3. Con la Ley 53 de 1990 se excepcionó el artículo 307 del Decreto 1333 de 1986, cuya atribución primera le otorgaba a los Contralores Municipales la función de vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración central del municipio y de sus entidades descentralizadas, lo cual no riñe con el artículo 272 inciso 2º de la Constitución Nacional que ha dejado a la ley la posibilidad de determinar el ejercicio del control fiscal que ejerce la Contraloría Municipal, en cuanto el mismo puede ser delimitado, condicionado en cuanto a su creación; o eventualmente excepcionado como en este caso, con la creación de las Auditorías.

4. No sólo no hay prohibición constitucional o legal para que existan auditorías independientes de las Contralorías, sino que también se dio una expresa autorización constitucional para que la ley regulará el asunto fiscal en el orden municipal, siendo ajustado al ordenamiento jurídico la existencia de revisorías y auditorías.

5. Los hechos fundamentales de la acción que se relacionan con la Reforma Constitucional de 1968, invocados por el demandante, desaparecieron al quedar ésta derogada por el artículo 380 de la actual codificación, y a este hecho de la derogatoria no le dio el Tribunal la consecuencia que el artículo 305 inciso último del C. de P.C. impone, por lo que en consecuencia el fallo no está en consonancia con los hechos y la causa *petendi* en que se contraviene la extinta constitución, ya que éste se fundamenta en la nueva Constitución, en particular en su artículo 272.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El punto central de la controversia lo constituye la interpretación del artículo 1º de La Ley 53 de 1990.

Advierte la Sala que asistió razón al *a quo* para acceder a las súplicas del libelo, por las siguientes razones:

SECCION PRIMERA

El artículo 1º de la Ley 53 de 1990, al estatuir que "El numeral 2º del artículo 93 del Código de Régimen Municipal (Dec.-ley 1333 de 1986), quedará así: 2º Elegir Personeros, Contralores, Secretarios de Concejos y Auditores o Revisores de las entidades descentralizadas cuando las disposiciones vigentes así lo autoricen", y que "Cuando los Auditores o Revisores cumplan su función ante la administración central, serán designados por los respectivos Contralores Municipales", debe entenderse en el sentido de que la citada está asignando una competencia a los Concejos Municipales o a los Contralores Municipales, según el caso, para elegir a los Auditores o Revisores de las entidades descentralizadas, pero supeditadas siempre tal competencia a la viabilidad de la creación del cargo por parte de las disposiciones vigentes.

Siguiendo los principios que han orientado el control fiscal, encontramos que la existencia del mismo se ha determinado constitucionalmente (art. 190 inc. 2º de la Constitución de 1886, hoy art. 272 inc. 2º), cuando se preceptúa que la gestión fiscal de los municipios corresponde a Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de Contralorías Municipales. Ello permite concluir que no es precisamente la Ley 53 de 1990, la que desarrolla el precepto constitucional, porque no puede perderse de vista que cuando la Carta Política hace referencia al control fiscal del Municipio, sólo deba entenderse por éste la administración central, ya que existen normas, entre ellas la contenida en el artículo 307 del C. de R.M. que al señalar las funciones del Contralor Municipal, indican, entre otras, la de vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal *y de sus entidades descentralizadas.*

Por lo expuesto no es posible dar al artículo 1º de La Ley 53 de 1990 el alcance que busca el recurrente, como que a través de este instrumento legal se ha posibilitado a los Concejos la creación del mencionado ente, pues si esa hubiera sido la intención del legislador, no se habría condicionado la facultad allí contenida a la autorización de las disposiciones vigentes, que no es otra que aquélla por medio de la cual se permite y regula la creación del citado organismo de control fiscal.

En lo atinente a que el fallo apelado no está en consonancia con los hechos y la causa *petendi,* por fundamentarse éste en la nueva Constitución, no es de recibo tal argumento si se tiene en cuenta que en el capítulo referente a "Disposiciones que se estiman violadas y concepto de la violación" (fls. 2 y 3 cdno. 1), indica el actor que se vulneró el artículo 190 inciso 2º de la Constitución de 1886, porque por regla general la vigilancia

de la gestión fiscal corresponde a las Contralorías Departamentales en los municipios, y por excepción a las Contralorías Municipales que determine la ley, sin que ninguna otra autoridad pueda hacerlo, y, en la sentencia objeto del recurso el Juzgador de primer grado tuvo en cuenta la citada disposición que fue consagrada en forma similar en el artículo 272 inciso 2º de la nueva Carta Política, para concluir que el único organismo que puede ejercer la fiscalización del manejo de los dineros públicos que realizan las entidades descentralizadas municipales es la Contraloría Municipal o en su defecto la Departamental.

Lo anterior pone de presente que la sentencia está en absoluta armonía y consonancia con lo expresado en la demanda, además que la afirmación que allí se hace constituye un hecho incontrovertible, como quiera que la disposición del artículo 272 inciso 2º de la Constitución actual reproduce casi textualmente la disposición del artículo 190 inciso 2º de la anterior, como lo advirtió esta Sección en providencia de 27 de noviembre de 1992, Expediente número 2036, actor: Oscar J. Uribe M., Consejero Ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, al analizar las normas en cita.

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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 14 de septiembre de 1992, dentro del proceso radicado bajo el número 915.943.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES

No podrá acumularse una acción de nulidad con una de nulidad y restablecimiento del derecho, porque aunque corresponda su conocimiento al mismo Tribunal y se tramiten por igual procedimiento, presentan sin embargo, titulares, naturaleza y finalidades que las hacen excluyentes entre sí.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 2254.

Recurso de apelación contra el auto de 10 de noviembre de 1992, del Tribunal Administrativo de Bolívar.

Actora: Cooperativa Integral de Transporte de Cartagena Ltda., Coointracar.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor apoderado de la parte actora contra el auto de 10 de noviembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por el cual denegó la admisión de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La Cooperativa Integral de Transporte de Cartagena Limitada, Coointracar, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., acudió ante el Tribunal Administrativo de Bolívar a presentar demanda para que:

1. Se declare la nulidad del Decreto 1009 de 31 de julio de 1992, dictado por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, por medio del cual se revocaron tácitamente los Decretos 277 de 17 de marzo de 1992 y 523

de 25 de mayo del mismo año, originarios dé la mencionada Alcaldía, que crearon y adjudicaron a la actora las rutas 36 (Ciudad Bolívar-Medellín-San Fernando-Centro) y 38 (Chapacúa-Avenida Pedro de Heredia - Bocagrande), respectivamente, para prestar el servicio público de transporte ordinario de pasajeros con vehículos microbuses, entre otros.

2. Se declare la nulidad de la Resolución 1269 de 3 de agosto de 1992, dictada igualmente por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, por medio de la cual, expresa y directamente, revocó el Decreto 523 de 25 de mayo de 1992, al cual se hizo referencia en la petición precedente.

3. Decretada la nulidad del Decreto 1009 de 31 de julio de 1992, se restablezca la vigencia de los citados Decretos 277 y 523 de 1992.

4. Decretada la nulidad de la Resolución 1269 de 3 de agosto de 1992, se restablezca la vigencia del Decreto 523 de 25 de mayo de 1992.

5. Restablecidas las vigencias de los Decretos 277 y 523 de 1992, se restablezca también el plazo de sesenta (60) días otorgado a Coointracar para traer a Cartagena todos los buses hasta completar el número de 60 contemplado en los decretos adjudicatarios de las rutas 36 y 38.

6. Se concede al municipio de Cartagena de Indias al pago de todos los daños y perjuicios irrogados a Coointracar, cuyo valor se estima en suma superior a mil millones de pesos ($1.000.000.000), en razón del valor promedio que tiene cada microbús.

7. Igualmente, se condene al municipio de Cartagena de Indias al pago de lucro cesante a partir del 31 de julio de 1992, hasta cuando cesen los efectos del daño causado; y al pago total por cualquier concepto que impida el cumplimiento de la prestación del servicio público ordinario de pasajeros de las rutas 36 y 38.

8. Se adicionen los Decretos 277 y 523 de 1992, ordenando al Alcalde Municipal de Cartagena de Indias que tan pronto se restablezca la vigencia de dichos actos administrativos, debe inmediatamente concedérseles a los microbuses matrícula, permisos y licencias para prestar servicios en las rutas 36 y 38, a medida que tales vehículos vayan llegando a la ciudad de Cartagena.

Como normas violadas se citan en la demanda los artículos 29 de la Constitución Política y 73 del C.C.A., aduciéndose como concepto de la violación que al revocarse directamente por los actos acusados los Decretos 277 y 523 de 1992, consagratorios de derechos particulares y

concretos a favor de Coointracar, se hizo sin el consentimiento expreso y escrito de esta Cooperativa, como hubiera sido lo ajustado a la ley.

II. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para denegar la admisión de la demanda, el *a quo,* razonó, en síntesis, así:

Se observa que han sido demandados dos actos: uno de carácter particular, como lo es la Resolución 1269 de 3 de agosto de 1992; y otro de carácter general, que es el Decreto 1009 de 31 de julio del mismo año, los cuales pueden ser demandados sólo mediante acciones diferentes. El primero, por la de nulidad y restablecimiento del derecho; y el segundo, por la de simple nulidad. Esta última acción no tiene término de caducidad, al paso que para aquélla es de cuatro meses; para la primera de las acciones mencionadas sólo se admite la posibilidad de la coadyuvancia o impugnación cuando se demuestre un interés en las resultas del juicio, en tanto que para la de simple nulidad esa posibilidad la tiene cualquier persona.

Estas diferencias en las acciones anotadas, a pesar de que al Tribunal le corresponde el conocimiento de cualquiera de las demandas en las cuales se controviertan los actos acusados, y de que se tramiten por el mismo procedimiento, hacen que las pretensiones de tales acciones no sean acumulables. En el presente caso, entonces, no es posible aplicar el artículo 82 del C. de P.C., al cual remite el artículo 52 del Decreto 2651 de 1991, por darse una indebida acumulación de pretensiones.

En apoyo de sus consideraciones, el Tribunal trae a colación apartes sobre el tema de la acumulación de pretensiones, de la obra *Derecho Procesal Administrativo* del Consejero de Estado doctor Carlos Betancur Jaramillo.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte actora consigna su discrepancia con el auto recurrido en los términos que a continuación se resumen:

El Tribunal incurrió en un error de valoración de la demanda al tomar como razón de ser de la acción, la naturaleza de los actos acusados, cuando lo procedente es advertir el carácter de la acción siguiendo los fines y motivos del actor en relación con el acto acusado y los derechos violados contenidos en los Decretos 277 y 523 de 1982. En el presente caso se trata de una sola acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada

en el artículo 85 del C.C.A., pero con acumulación de pretensiones, no acumulación de acciones, que no son excluyentes. Además, la acumulación es procedente porque una misma es la persona perjudicada, una misma la competencia y uno mismo el procedimiento.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los actos demandados en el presente caso son, como ha quedado dicho, el Decreto 1009 de 31 de julio de 1992 y la Resolución 1269 de 3 de agosto del mismo año, ambos expedidos por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, cuyas copias autenticadas obran a folios 45 a 48 del expediente.

Por el citado decreto se ordena congelar, a partir de su vigencia, el parque automotor vinculado al servicio público del transporte urbano, en los niveles ordinario y ejecutivo, cualquiera que sea el tipo de vehículo, y se determina que en adelante sólo se autorizará la vinculación de buses, busetas, microbuses y similares, nuevos, sin uso y último modelo, a las empresas y cooperativas de transporte urbano legalmente establecidas y con licencia de funcionamiento vigente, con destino al servicio especial de transporte de asalariados, estudiantes y de turismo, que cumplan con las normas técnicas establecidas en la ley.

También se decreta en el mismo que a partir de su vigencia el cambio de los referidos automotores sólo se podrá autorizar mediante el mecanismo de la reposición, siempre y cuando se encuentren vinculados a una empresa cooperativa de transporte legalmente establecida en la ciudad de Cartagena y con licencia de funcionamiento vigente, sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 1787 de 1990.

Lo anterior revela en forma clara el carácter eminentemente *general* de dicho acto administrativo.

Por la Resolución demandada se niega la ruta Chapacúa-Gaviotas-Avenida Pedro de Heredia -Bocagrande y viceversa, en la clase de vehículos microbuses, a la Empresa Cooperativa Integral de Transporte de Cartagena Limitada, Coointracar, con fundamento en que no se cumple con la confrontación e incidencia de la ruta solicitada por esta Cooperativa, con las autorizadas a las otras empresas, y se presenta una póliza que garantiza una ruta diferente de la solicitada, como es: San Fernando-Socorro-Centro, todo lo cual manifiesta el carácter particular de dicho acto.

Se evidencia, pues, que los dos actos acusados son de naturaleza y finalidades totalmente distintas.

Si bien es cierto que el *a quo* en sus consideraciones para inadmitir la demanda arguyó que, en efecto, el Decreto 1009 de 31 de julio de 1992, es de carácter general; y la Resolución 1269 de 3 de agosto de 1992, es de índole particular, aludiendo con ello a su naturaleza interna, lo hizo con la finalidad de establecer algunas diferencias fundamentales entre las acciones que son procedentes frente a cada uno de ellos y derivar de allí la imposibilidad procesal de acumular las diversas pretensiones que se originan con el ejercicio de cada una de ellas, y que la actora se propone irregularmente conciliar en su libelo demandatorio, tal y como se evidencia en el *petitum*.

Aun frente a la vigencia de la doctrina de los "motivos y finalidades" de la acción, con las modificaciones que en recientes providencias ha adoptado esta Sección, la de simple nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho conservan, desde luego, sus diferencias, que no son sólo las anotadas por el Tribunal, sino otras más que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de relievar.

La apelante afirma que en el presente caso ha acudido al ejercicio de una sola acción: La de nulidad y restablecimiento del derecho; pero he allí un grave error, pues pretende obtener la declaratoria de nulidad de un acto de carácter general, el citado Decreto 1009 de 1992, y dizque como consecuencia de ello el restablecimiento de un derecho que estima conculcado por aquel acto, desconociendo que ello es procedente sólo en cuanto el acto administrativo cree o reconozca un derecho de carácter particular y concreto, que no es precisamente lo que ocurre con el acusado Decreto 1009 de 1992. Luego, mal puede legítimamente la actora apelante pretender que se declare su nulidad y se obtenga el restablecimiento de un derecho particular, que según se desprende del mismo libelo demandatorio, ha sido revocado por otro acto administrativo: por la Resolución 1269 de 3 de agosto de 1992, el cual es también objeto de impugnación en la misma demanda, configurándose, sin lugar a duda, una indebida acumulación de pretensiones con el agravante que se acaba de señalar.

En la aplicación del artículo 82 del C. de P.C., para lo cual no se requería que se expidiera una disposición como la del artículo 52 del Decreto-ley 2651 de 1941, en razón de que ante la ausencia de norma en el C.C.A. sobre la materia, este mismo estatuto contempla la remisión

(art. 267) al C. de P. C., debe tenerse especial cuidado toda vez que la referida aplicación debe ser compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo manda expresamente la misma preceptiva de la citada codificación administrativa.

Conforme a dichos parámetros, no podrá acumularse una acción de nulidad con una de nulidad y restablecimiento del derecho, porque aunque corresponda su conocimiento al mismo Tribunal y se tramiten por igual procedimiento, presentan sin embargo, titulares, naturaleza y finalidades que las hacen excluyentes entre sí. Baste para entender a cabalidad esta posición negativa, pensar en los obstáculos que presentaría la acumulación de las mencionadas acciones: la de nulidad, sin término de caducidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, por regla general, con un plazo de cuatro meses; aquélla con la posibilidad de coadyuvancia o impugnación por cualquier persona y ésta limitando el derecho de intervenir a quien pueda acreditar un interés directo en las resultas del juicio (art. 146 del C.C.A.), aspecto este último que el Tribunal acertadamente destaca en la providencia recurrida como motivos de su decisión.

Resulta oportuno reiterar, en orden a despejar cualquier duda que aun pudiera abrigar el apoderado de la recurrente en relación con lo expuesto, lo que esta misma sección consignó en fallo de 28 de agosto de 1992 en el Expediente 1507, actor: Jorge William Sánchez, con ponencia del Consejero doctor Miguel González Rodríguez, cuando al referirse a las diferencias entre las dos acciones mencionadas, a manera de introducción expresó que "...no obstante que el derecho procesal moderno, la doctrina y la jurisprudencia nacional y foránea han sido unánimes en la conclusión de que la *acción*, es un concepto unívoco que no puede tener ninguna clasificación porque todas las que se han hecho dicen relación con la pretensión, como cuando se habla de la acción ejecutiva, de la reivindicatoria o de la posesoria, o se refieren al significado de una determinada decisión, la legislación colombiana en materia Contencioso-Administrativa, ha persistido en el criterio anterior de hablar de "acciones", en lugar de referirse a las diversas "pretensiones" que se pueden formular a través de la acción Contencioso-Administrativa..."

Las anteriores reflexiones son suficientes a la Sala para concluir que la apelación interpuesta no tiene vocación de prosperidad.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión del día veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES - Regulación / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones

Si conforme al artículo 187 numeral 9º de la anterior Carta Política, hoy artículo 300 numeral 8º de la nueva, corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas: "Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal" forzoso es concluir que las conductas a que se refieren los actos enjuiciados, así como las sanciones previstas para ellas, fueron materia de regulación legal en los artículos 6º y 7º del Decreto Legislativo 386 de 1983, reglamentados por los artículos 64, 65, 67 y 68 del Decreto 33 de 1984, lo cual hace que la Asamblea Departamental de Norte de Santander carezca de competencia para regular la materia a que se contraen las aludidas conductas y sanciones en cuanto al juego de apuestas permanentes se refiere. **Decreta la suspensión provisional** ***de los artículos 274, 275, 276, 277 y 278 de la Ordenanza número 23 de 31 de diciembre de 1991, expedida por la Asamblea Departamental de Norte de Santander.***

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 2263.

Recurso de apelación contra el auto de 23 de octubre de 1992, del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Actor: Alberto Montoya Montoya.

Se deciden de plano los recursos de apelación oportunamente interpuestos por la apoderada del departamento de Norte de Santander y por la parte impugnante contra el auto de 23 de octubre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cuanto decretó la

suspensión provisional de los artículos 274, 275, 276, 277 y 278 de la Ordenanza número 23 de 31 de diciembre de 1991, expedida por la Asamblea Departamental de Norte de Santander.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano y abogado Alberto Montoya Montoya en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acudió ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a presentar demanda tendiente a obtener la nulidad de los artículos 274, 275, 276, 277 y 278 de la Ordenanza número 23 de 31 diciembre de 1991 "por la cual se compilan, codifican y reglamentan las normas vigentes sobre Rentas del Departamento y se adecua el sistema represivo del fraude y las sanciones a las disposiciones de la ley y al sistema Tributario Nacional", expedida por la Asamblea Departamental de Norte de Santander.

Como normas violadas se citaron en la demanda los artículos 20, 63 y 187 numeral 9º de la Constitución de 1886 -que corresponden al 6º, 122 y 300 numeral 8º de la actual-; 5º de la Ley 1ª de 1982; 6º numerales 1º y 2º; y 7º del Decreto Legislativo 386 de 1983; 64 a 68 del Decreto 33 de 1984; y 26 del Decreto 522 de 1971.

En lo tocante a la medida precautoria se expresó de la siguiente manera:

Las normas de la Ordenanza impugnada chocan manifiesta, clara y ostensiblemente con las siguientes normas de derecho:

El artículo 187 numeral 9º de la Constitución de 1886 -que corresponde al 300 numeral 8º de la actual-, señala que corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de Ordenanzas "...8. Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal".

Lo que fue de regulación en los artículos impugnados del Código de Rentas de Norte de Santander, ya había sido regulado por el Decreto Legislativo 386 de 1983 en los artículos 6º numerales 1º y 2º; y 7º, disposiciones éstas que fueron reglamentadas totalmente en los Decretos 33 de 1984, 1988 y 2527 de 1987 y 1821 de 1990.

En efecto, los artículos 64 y 65 del Decreto 33 de 1984 establecieron las sanciones a los concesionarios por las infracciones al juego de apuestas; el 67 del mismo Decreto contempló las sanciones para los

vendedores o colocadores de apuestas transgresores de las normas especiales del juego.

En lo referente a los defraudadores del juego, el artículo 7º del Decreto Legislativo 386 de 1983, reglamentado por el artículo 68 del Decreto 33 de 1984, remitió la sanción a aplicar a la norma contenida en el artículo 29 del Decreto 522 de 1971, el cual dispone que "El que explote el negocio de juegos prohibidos, incurrirá en multa de un mil a cinco mil pesos, y en clausura definitiva del establecimiento si lo tuviere".

Es evidente, entonces, que las conductas de fabricar, negociar, transportar, poner en circulación formularios no oficiales del juego, o ilegibles, o no pagar la regalía correspondiente a ese monopolio, son conductas ya reglamentadas en la ley especial de las apuestas, y, por lo mismo, no pueden ser materia de reglamentación residual por la Asamblea Departamental, máxime que para reglamentar esas conductas no ha recibido autorización de la ley, la cual defirió dicha competencia al Gobierno Nacional, para reglamentar de manera uniforme la actividad en todos los departamentos del país.

Estando reglamentadas tales conductas en normas legales, la Asamblea de Norte de Santander no podía entrar a disponer sobre ellas y mucho menos con base en una pretendida facultad, así fuera residual, excediendo los ámbitos de la ley y estableciendo sanciones más gravosas como la pena de arresto, sanción que por Constitución y por ley ha sido competencia de la Rama Jurisdiccional y no de la Administrativa o Ejecutiva del Poder Público.

Como quiera que la ley de las apuestas ya agotó todo el procedimiento sancionatorio, no le correspondía a la Asamblea Departamental disponer sobre ese tema, y al hacerlo excedió los alcances de la ley, violando en su vigencia el numeral 9º del artículo 187 de la Constitución de 1886 (que corresponde al 300 num. 8º de la de 1991).

II. EL AUTO RECURRIDO

Para decretar la medida precautora solicitada, el tribunal *a quo* razonó, en esencia, así:

En el escrito sustentatorio de la medida el actor considera que se han transgredido de manera directa y ostensible, en la vigencia de la Constitución de 1886 el numeral 9º del artículo 187, y en la aplicación de la nueva Carta Política el numeral 8º del artículo 300 que tiene contenido similar.

SECCION PRIMERA

Una breve reseña histórica muestra cómo el Juego de Apuestas Permanentes lo reguló inicialmente la Ley 1ª de 1982, atribuyéndole al Gobierno Nacional dicha facultad. Posteriormente, dicha ley fue reglamentada por el Decreto-ley 386 de 1983, que mantuvo el citado principio, habiendo sido ratificado por el Decreto 1222 de 18 de abril de 1986, por medio del cual se expidió el Código de Régimen Departamental.

En efecto, la disposición número 202 del Estatuto mencionado expresa que le corresponde al Gobierno reglamentar el Juego de Apuestas Permanentes con premios en dinero, sin que deba pasarse por alto el artículo 201 del Código de Régimen Departamental, que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 28 de abril de 1988. Para llenar el vacío, el artículo 9º de la Ley 53 de 1990 dispuso que los contratos administrativos de concesión a terceros se celebrarán y ejecutarán de conformidad con el régimen previsto en los Códigos Fiscales. Prescribió, así mismo, que al Gobierno Nacional le corresponde fijar el valor de la regalía que debe pagar el concesionario.

Como aparece de presente, el Decreto-ley 386 de 1983 prescribió las sanciones de que podían ser objeto los concesionarios por las infracciones al Juego de Apuestas Permanentes, Decreto anterior a la expedición del Código de Régimen Departamental, y, por ende, asistiendo ley vigente no podía, por incompetencia, la Asamblea del departamento expedir las disposiciones acusadas, pues del contenido del numeral 8º del artículo 300 aparece claro que estos cuerpos colegiados tienen una atribución residual en materia de policía en todo aquello que no sea objeto de regulación legal, como es evidente en el caso en estudio.

III. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

III.1 La apoderada del departamento de Norte de Santander manifiesta como motivos de inconformidad con el auto apelado, los siguientes:

La ordenanza acusada fue expedida por la Asamblea Departamental como fundamento en las atribuciones contenidas en los artículos 300, numerales 4º, 8º y 11, y 336 de la Constitución Política.

El artículo 300 mencionado faculta a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas para dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal.

El artículo 68 del Decreto 33 de 12 de enero de 1984 expresa que "El comprador que a sabiendas realice apuestas permanentes en formulario

no oficial incurrirá en las sanciones establecidas en el Código Nacional de Policía para juegos ilegales" y el artículo 69 del mismo Decreto expresa que "las sanciones que se impongan por infracción a las disposiciones que regulan el juego de apuestas permanentes se aplicarán sin perjuicio de las sanciones penales de policía, de cualquier otro orden a que hubiere lugar".

Es claro que la Asamblea Departamental al expedir los artículos acusados de la Ordenanza 23 de 1991, se fundamentó en el mandato constitucional que la faculta para dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal y en lo preceptuado en los artículos 68 y 69 del Decreto 33 de 1984, en lo concerniente a que se hace extensiva la aplicación de la sanción al Código Nacional o Departamental de Policía y en este caso a lo dispuesto por la Asamblea ya que esa extensión no limita esa facultad del artículo 69 a las Asambleas, sino que se la amplía al expresar que estas sanciones pueden ser de cualquier otro orden a que hubiere lugar. Como se aprecia la norma permite el procedimiento legal que se le dio a los artículos demandados por el actor. El demandante se ha limitado a reproducir dichos artículos sin probar que la Asamblea Departamental hubiese contrariado las disposiciones del Decreto 33 de 1984 y del Código Nacional de Policía.

III.2 La parte impugnante para solicitar la revocatoria de la providencia recurrida, expresó, en síntesis, lo siguiente:

Los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto Legislativo 386 de 1983 no fueron incluidos dentro de la codificación de las normas departamentales contenida en el Decreto-ley 1222 de 1986. Por expresa disposición legal fueron derogadas las normas legales no codificadas en éste.

La competencia para expedir normas de policía es del Congreso y en forma residual de las Asambleas.

El Decreto Reglamentario 33 de 1984 contiene normas que desarrollaron la Ley 1ª de 1982 y el Decreto Legislativo 386 de 1983.

El Decreto Reglamentario 33 de 1984 no es expresión del poder de policía. Regula solamente, en el Título VII, las sanciones y procedimientos que se aplican a los concesionarios y a los vendedores de éstos por violación al régimen legal de las apuestas permanentes.

Las normas acusadas tipifican conductas diferentes de las pautadas en el Decreto Legislativo 386 de 1983 y a las contenidas en el Decreto

Reglamentario 33 de 1984, dictadas por la Asamblea de Norte de Santander en ejercicio de la competencia residual que en materia policiva le otorga el Estatuto Fundamental.

Dado que la suspensión provisional sólo puede decretarse cuando surja en forma notoria, palmaria y ostensible la violación de normas superiores de derecho, como lo preceptúa el artículo 152 del C.C.A., es manifiesta la equivocación del tribunal al decretarla, pues como medida excepcional que es al dejar sin efectos un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, su aplicación es de estricta interpretación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El punto central de la controversia gira en torno de si la Asamblea Departamental de Norte de Santander en la Ordenanza número 23 de 31 de diciembre de 1991, y en lo que respecta a los artículos 274, 275, 276, 277 y 278, tenía o no facultad para imponer sanciones de multa, cierre temporal o definitivo, suspensión o cancelación de licencias o credenciales a particulares, vendedores o concesionarios que exploten ilegalmente el juego de apuestas permanentes, bien sea mediante formularios no oficiales o ilegibles o a través de la realización de conductas que se concretan en fabricar, conservar en su poder, imprimir o poner en circulación los mismos.

Encuentra la Sala que las conductas descritas en los artículos acusados se refieren a las mismas materias, aunque con tratamiento diferente, contenidas en los artículos 6º, numerales 1º y 2º, y 7º del Decreto Legislativo 386 de 1983, reglamentados por los artículos 64, 65, 67 y 68 del Decreto 33 de 1984, y respecto de las cuales estas últimas disposiciones consagran las sanciones de multa, caducidad del contrato, cancelación de licencias carnés y credenciales para los vendedores o colocadores de formularios, así como la remisión a las que establezca el Código Nacional de Policía.

De lo anterior resulta que, si conforme al artículo 187 numeral 9º de la anterior Carta Política, hoy artículo 300 numeral 8º de la nueva, corresponde a las Asambleas, por medio de Ordenanzas: "Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal", forzoso es concluir que las conductas a que se refieren los actos enjuiciados, así como las sanciones previstas para ellas, fueron materia de regulación legal en los artículos 6º y 7º del Decreto Legislativo 386 de 1983, reglamentados por los artículos 64, 65, 67 y 68 del Decreto 33 de

1984, lo cual hace que la Asamblea Departamental de Norte de Santander carezca de competencia para regular la materia a que se contraen las aludidas conductas y sanciones en cuanto al juego de apuestas permanentes se refiere.

Por lo anterior, no es de recibo el argumento de la apoderada del departamento de Norte de Santander en cuanto afirma que la expresión "sin perjuicio de las sanciones penales, de policía, de cualquier otro orden a que hubiere lugar" del artículo 69 del Decreto Reglamentario 33 de 1984 habilita a la Asamblea para dictar normas de policía, dado que ella no tiene otra significación que la de que dichas corporaciones puedan imponer sanciones siempre y cuando no se contradiga el mandato constitucional contenido en el artículo 187 numeral 9º, hoy 300 numeral 8º, que le reconoce primacía a la ley para regular las materias atinentes al poder de policía, y, en el caso *sub examine*, en lo que respecta a las conductas y sanciones a que nos hemos venido refiriendo, como ya se vio, existe regulación legal.

En cuanto a los motivos de inconformidad del impugnante, tampoco encuentra la sala asidero alguno, pues, como ya se dijo, las normas acusadas no tipifican conductas diferentes de las plasmadas en el Decreto Legislativo 386 de 1983 y Decreto Reglamentario 3384 sino que por el contrario corresponden a la misma materia. De otra parte, no le asiste razón al sostener que los preceptos de los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto Legislativo 386 de 1983 al no haber sido incluidos dentro de la codificación de las normas departamentales, por expresa disposición legal (art. 339 del C. R. D.), fueron derogados, ya que conforme al contenido del artículo 338 del mismo Código "Continuarán haciendo parte de los estatutos legales correspondientes, las normas que esta codificación tomó de leyes que no se refieren exclusivamente a las materias tratadas en el presente decreto", y la regulación legal del juego de apuestas permanentes, por no referirse exclusivamente a la organización y funcionamiento de la administración departamental, conserva su vigencia. Así lo expresó esta Corporación en providencia de 12 de febrero de 1988, Expediente número 431, Actor: Alberto Montoya Montoya, Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo.

Se colige de lo precedente que la simple lectura de los actos acusados y su confrontación directa con las disposiciones superiores de derecho

citadas por el actor, surge *prima facie* la manifiesta infracción de éstas, y por ello el proveído objeto de la alzada amerita su confirmación.

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

RESUELVE:

Confírmase la providencia de 23 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la sala en la sesión del día veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

TESORO PUBLICO / MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Facultades / ASILO - Gastos / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Inexistencia

La norma contenida en el artículo 21 del Decreto-ley 911 de 1932 no opera frente al Ministerio de Relaciones Exteriores en una etapa precedente en la que de lo que se trata es de satisfacer algunos requisitos necesarios para la viabilidad del pago. La única opción que le quedaba al actor para lograr el pago de los dineros invertidos en los ciudadanos extranjeros que se acogieron a la protección del Gobierno era la comprobación de los gastos realizados con los comprobantes y recibos correspondientes, circunstancia que no aparece acreditada en el proceso. Principios de nuestra normatividad jurídica indican que no puede hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y que cada gasto que se haga a cargo del Tesoro Nacional debe ser justificado. El actor en su condición de Embajador de la República de Colombia se encontraba obligado a rendir cuentas comprobatorias porque al asumir los gastos que los asilados en la sede diplomática le causaron al Tesoro Nacional devino en administrador de fondos públicos. No podía esperarse que el Estado cancele una obligación contraída a su nombre, sin que se le demuestre que el gasto se autorizó y que éste se realizó; la ausencia de prueba de estos dos elementos de la relación jurídica descartan la posibilidad de un enriquecimiento sin causa por parte de la Nación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2096.

SECCION PRIMERA

Apelación Sentencia.

Actor: Oswaldo Rengifo Otero.

Entre la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada y al cual adhirió el demandante, contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto contra los oficios 01700 del 2 de octubre de 1986, 0368 del 5 de marzo de 1987 y 00375 del 10 o 15 de abril de 1987, suscritos por el Subsecretario de Asuntos Administrativos y el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores.

LA ACCION

Se solicita en la demanda que se declare la nulidad de las decisiones administrativas contenidas en los Oficios números 01700, 0368 y 0375 de fechas 2 de octubre de 1986, marzo 5 y 10 o 15 de abril de 1987, suscritos por el Secretario de Asuntos Administrativos y el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, decisiones en las que se deniega al doctor Oswaldo Rengifo Otero, en su condición de ex embajador de Colombia en la República de Nicaragua, el reintegro o pago de las sumas de dinero que en moneda extranjera se vio precisado a realizar durante el lapso comprendido entre el mes de octubre de 1978 y el de septiembre de 1979, para cumplir los compromisos internacionales de la República de Colombia en relación con el asilo diplomático solicitado y dado por el Gobierno Nacional a un grupo de ciudadanos nicaragüense integrantes de un movimiento guerrillero de ese país.

Se pide también que, como consecuencia de la nulidad, se condene a la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores a reconocer y pagar las sumas líquidas de dinero que relaciona en ocho (8) literales, en los cuales incurrió por los hechos de la demanda, cuando desempeñó el cargo de embajador en Nicaragua, de los cuales se descontará el valor de lo reconocido por la entidad demandada; así también, que se condene a la Nación a pagar el interés legal correspondiente y la actualización de las sumas líquidas a que sea condenada la Nación.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION

El actor señala como disposiciones constitucionales y legales quebrantadas por los actos administrativos acusados, al igual que como

fundamento del derecho reclamado, los artículos 2, 16, 59, 60, 206, 207 y 208 de la antigua Constitución Nacional; 1494, 1524, 1527, 1610, 1613, 1615 y 1617 del Código Civil, en concordancia con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que permite la aplicación de las reglas generales de derecho, una de las cuales es la relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de las obligaciones; Decreto-ley 294 de 1973 -Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional-, artículos 28 a 32, 122, 127 y 81, Decreto Reglamentario 2886 de 1981; Ley 111 de 1985; Decreto-ley 3719 de diciembre 23 de 1986, por los cuales se expidió el Presupuesto de Rentas y la Ley de Apropiaciones para los años de 1986 y 1987; art. 2221 a 2235 del C.C.; y Leyes 75 de 1931 y 15 de 1936 aprobatorias de los tratados de la Habana y Montevideo.

Al exponer el concepto de la violación, el demandante manifiesta que "el problema jurídico controvertido no gira en torno a la obligación legal de la Nación colombiana, representada por el Tesoro Nacional", sino "en torno a la exigencia que el Ministerio de Relaciones Exteriores le hizo al actor de acreditar, para el reconocimiento y pago de lo debido por concepto de alojamiento, alimentación, suministro de artículos de aseo y de uso personal, etc., de los ciudadanos nicaragüenses a quienes el gobierno colombiano les concedió asilo diplomático en el lapso de octubre de 1978 a septiembre de 1979, con los comprobantes , facturas y recibos correspondientes, lo que efectivamente invirtió o gastó en ello, no obstante que el Ministro del ramo encargado en ese entonces, doctor Carlos Borda Mendoza, acordó con el actor un valor de US$10 diarios por asilado, como suma razonable a reconocer por esos conceptos que indubitablemente correspondía atender al Gobierno Nacional, y lo cual fue respetado por el propio Ministerio inicialmente al hacerle a mi representado algunos pagos parcialmente por ello, como se demuestra con la cuenta de cobro formulada por el Embajador Rengifo Otero el día 3 de mayo de 1979 por US$2.363.57, ordenada pagar con cargo al Capítulo "Varios e imprevistos" del presupuesto de la vigencia de 1979, mediante Resolución 1558 de 30 de agosto de 1979 del citado Ministerio, y cancelada mediante cheque número 183251 del Banco de la República, girado el 28 de diciembre del mismo año.

"Y gira sólo en torno a este aspecto, pues los demás gastos efectuados por el Embajador Rengifo Otero... fueron debidamente acreditados por aquél al Ministerio citado al formular las respectivas cuentas de cobro, y, según los actos acusados, parecen no ser ni controvertidos ni negados por la administración pública en los actos acusados, a más de que algunos

pagos parciales que se efectuaron por el Ministerio, y que recibió mi cliente, se refieren fundamentalmente a gastos por los conceptos ya mencionados, como seguramente aparecerá demostrado probatoriamente en su oportunidad".

EL FALLO APELADO

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca en sentencia del catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), se pronunció sobre las pretensiones de la demanda.

Luego de un detenido análisis fáctico y jurídico de la acción incoada, el *a quo* decidió declarar la nulidad de las determinaciones contenidas en los oficios acusados suscritos por el Subsecretario de Asuntos Administrativos y el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores y, accediendo parcialmente a las pretensiones de restablecimiento, condenó a pagar a la Nación "la suma que resulte en pesos colombianos de la operación aritmética resultante de aplicar la tasa de cambio oficial a *seis mil diez dólares con cincuenta centavos* (US$6.010.52), en la fecha de ejecutoria de la presente sentencia", determinando, igualmente, que "La suma líquida resultante devengará intereses legales del seis por ciento (6%) anual desde el 26 de septiembre de 1979 hasta la fecha de ejecutoria y hasta cuando se produzca el pago de conformidad con la previsión del artículo 177 del C.C.A.".

En esencia, la decisión del Tribunal está fundamentada en el acápite, que seguidamente se transcribe:

> "Se dice en la demanda, que la cancillería acordó con el actor el pago de una suma por asilado, para la atención de sus necesidades básicas de alojamiento y comida, debido a la situación de anormalidad jurídica y económica que impedía respaldar cada erogación con recibos o facturas debido entre razones a la obligación impuesta por las circunstancias de adquirir los elementos de consumo en el mercado negro.
>
> "Tal acuerdo aparece respaldado con la cuenta de cobro adjunta a la Resolución 1558 de 30 de agosto de 1979 dictada por el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio de la cual le reconocieron al actor dos mil trescientos sesenta y tres dólares con cincuenta y siete centavos de dólar (US$2.363.57) -fl. 65 del cdno. ppal.- que comprenden entre otros conceptos la suma de dos mil doscientos ochenta dólares (US$2.280), correspondiente a la perma-

nencia durante 228 días en total de los asilados Antonio Jiménez Urbina, Mario Avilés Amador, Ariel Rodríguez, Carlos Benito Gallo Osejo y María Rosario Ibarra de Gallo (fls. 63 y 64 del cdno. ppal.) en el mismo sentido obran fotocopias autenticadas del memorando 00130 de septiembre 3 de 1979, por medio del cual el Subdirector Administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, le solicita al Delegado del Presupuesto del Ministerio de Hacienda ante dicha entidad, certificado de disponibilidad presupuestal por valor de US$21.102.22 según el recibo enviado por el Embajador ante el Gobierno de Nicaragua, donde éste relaciona esa suma por concepto de sostenimiento de cuarenta y seis (46) asilados a razón de diez dólares diarios por persona (fls. 175 y 185 respectivamente del cdno. 5).

"La ocurrencia de esta excepción está prevista en el artículo 21 del Decreto-ley 911 de 1932, vigente para la época en que ocurrieron las discordias con el actor y aún a la fecha de esta sentencia.

"Dice así la norma:

"Artículo 21. Si al examinar cuentas rendidas a la Contraloría por funcionarios pagadores o por cualquier otra persona que haya erogado fondos públicos, se hallaren partidas de gastos que un examinador glose por no estar conformes con la ley o con los reglamentos aplicables, y se viere que partidas de gastos similares han sido aceptadas sin observación por la Contraloría en el examen de otra cuenta anterior rendida por el mismo empleado pagador o por la misma persona que rindió la cuenta en que figuran dichas partidas glosadas, estas últimas serán aceptadas por el Contralor General sin perjuicio de la facultad de glosarlas en cuenta posterior que rinda el mismo empleado pagador o la misma persona responsable. Sin embargo, no serán aceptadas tales partidas, si con anterioridad y en tiempo oportuno hubiere prevenido el Contralor a dicho empleado pagador o a la persona responsable que esas partidas no se aceptarían después de tal prevención.

"Si como primeramente se estudió, la norma fiscal para el examen y finiquito de cuentas en cuanto define la responsabilidad fiscal, le era aplicable al demandante para el efecto de tramitar el giro de los gastos, ya realizados, con la misma proporcionalidad también le era aplicable la del régimen exceptivo que se acaba de transcribir.

"De conformidad con los antecedentes que obran en el proceso, la administración no hizo ninguna advertencia previa al actor sobre la necesidad de allegar la totalidad de la documentación que sustentara las erogaciones, sino que por el contrario acordó y permitió la práctica realizada en relación con una estimación de gastos diarios por persona asilada, no hay duda de que dejó de aplicar la norma antes traída, de modo que su ausencia en la motivación de los actos demandados afecta la nulidad de su expedición.

"La aplicación indebida de normas ya analizada, además de la inaplicación anotada que se consignó en el libelo en el concepto de la violación presentado por el apoderado del actor, siendo lo sustancial y lo prevalente de acuerdo con el mandato del artículo 228 de la nueva Carta Política, induce al Tribunal a declarar la nulidad de los actos demandados, pues las violaciones de las normas sustantivas implican a su vez la del principio consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política de 1886, plasmado con modificaciones en el 3º de la Carta expedida en 1991.

"No obstante la prosperidad del cargo (sic), por lo anteriormente expuesto, encuentra la Sala con claridad que por el desmedro patrimonial sufrido por el actor, en beneficio de la Nación, se configura el enriquecimiento lícito de ésta a costa de su antiguo representante diplomático, quien en procura de dar aplicación al derecho de asilo y dejar la imagen del país en relación con el cumplimiento de los tratados pertinentes, previas las instrucciones de los funcionarios de la cancillería, procedió a asumir de su propio peculio, los gastos atinentes al sostenimiento de los asilados en defecto del giro oportuno de los recursos necesarios para su cubrimiento.

"De tal manera, concurren todos los elementos para que el obligado realice el pago de lo debido a quien suplió su retardo en la provisión de los fondos públicos a saber: un acrecimiento del patrimonio público concretado al valor que debía pagar la nación en cumplimiento de los pactos internacionales que le comprometían a realizar tal pago, un correlativo empobrecimiento del actor, quien soportó la carga pecuniaria de la persona jurídica estatal y una ausencia de obligación o causal legal, que directamente recayera sobre quien hizo el pago a nombre de la entidad.

"Surge como corolario, la prosperidad de la pretensión de nulidad de los actos acusados."

LA APELACION

Dentro de la oportunidad del término legal, la apoderada de la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del 14 de mayo de 1992 proferida en el asunto de la referencia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

Al sustentar la alzada, comienza la profesional por disentir de la afirmación que se hace en el concepto de la violación, en el sentido de que el Ministerio de Relaciones Exteriores "... pretende denegar el derecho de reembolso de lo gastado en nombre de Colombia, por su Embajador en Nicaragua...".

A este respecto, afirma:

"Todo lo contrario, está acreditado en el proceso y consta en los propios actos enjuiciados, señores Consejeros, que el Ministerio de Relaciones Exteriores estuvo presto a restituirle al actor las sumas que comprobó, y lo instó, una y otra vez, para que aportara los comprobantes de las demás partidas e incluso que utilizara una prueba supletoria para tal efecto. Pero a la postre no ocurrió así, ya que se empeñó en que la administración tenía que hacer un acto de fe respecto de las partidas cobradas.

"El hecho de encontrar la sentencia fundada la aplicabilidad de las Resoluciones 07008 de 1978 y 0987 de 1982 emanadas de la Contraloría General de la República, que se esgrimieron como causa para no satisfacer otras cuentas del actor, legitima la conducta del Ministerio de Relaciones Exteriores y, por encima de todo relieva que la presunción de legalidad de los actos enjuiciados está incólume.

"De ahí que, en tales condiciones, no procedía la declaratoria de nulidad que se hizo en el fallo impugnado, ya que el actor no pudo destruir la presunción señalada."

Considera la apoderada del Ministerio de Relaciones Exteriores que, no puede hablarse de inaplicabilidad del artículo 21 del Decreto-ley 911 de 1932, ya que su preceptiva se refiere, única y exclusivamente, a la Contraloría General de la República, que dista notoriamente de la

competencia que es propia del Ministerio de Relaciones Exteriores. Su concepto lo concreta así:

> "A esta conclusión llégase, señores Consejeros, del simple examen de la norma, porque se evidencia la regulación de la actividad del órgano fiscalizador, en la etapa final del examen de las cuentas rendidas por la entidad pagadora y, en cambio, el litigio se originó en el estadio precedente. No se podía, de otro lado, hacer la presentación de la cuenta a la Contraloría sin la previa consumación de la erogación."

Cuestiona, igualmente, la acogida que se hace en la sentencia recurrida a la llamada acción *in rem verso* de la que dice que no obstante su origen jurisprudencial y doctrinal, se apoya en extremos precisos e inconfundibles, que no pueden eludirse bajo ningún pretexto. Manifiesta que, en palabras de la jurisprudencia nacional, "esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la Ley" y que, "fácilmente se observa que la acción de enriquecimiento sin justa causa choca frontalmente contra las normas invocadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores en los actos acusados, para denegar las solicitudes del actor que imponían una serie de requisitos para el reconocimiento, que nunca se allanó a satisfacer el ex funcionario demandante y que, sin discusiones, tienen el carácter de normas imperativas, no disponibles y, por tanto, de ineludible cumplimiento.

Sobre dicho argumento hace más amplios análisis la libelista a los cuales habrá de referirse esta providencia en su oportunidad. Y llama la atención, en la conclusión de su discurso sobre el hecho de que para el sentenciador de primer grado no hubiera tenido ninguna incidencia "la magnitud y la cantidad de inexactitudes del actor, que en cuestión de cuentas es de suma gravedad y que, por encima de todo, justifican plenamente la postura adoptada por el Ministerio de Relaciones Exteriores".

APELACION ADHESIVA

Haciendo uso de la apelación adhesiva consagrada en el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, el actor presenta memorial explicando que "Esta adhesión al recurso se debe a que no apelé oportunamente y concierne a las decisiones desfavorables a mis pretensiones (sic) contenidas en la sentencia recurrida". En los folios subsiguientes, el demandante entra en nuevas explicaciones referentes al tiempo de perma-

nencia de los asilados en la embajada, a la investigación, a la verificación, a la alteración de fechas de entrada, a "los excesos del señor Casas Acosta", a ciertas "falsedades" y a una serie de observaciones en las que se muestra en desacuerdo con las consideraciones del tribunal y con las resultas de la sentencia. Dice que "El volumen de los documentos y la desorganización con que fueron aportados al expediente dificulta su consulta"; que el testimonio del señor Fabio Avella no tiene la validez probatoria que se le otorga en el fallo puesto que la declaración por certificación jurada, según el artículo 222 del Código de Procedimiento Civil no cobija a funcionarios que, como el señor Avella tienen "el modesto empleo de subdirector de Protocolo"; dedica dos páginas de su exposición a describir los desafueros del señor Avella como miembro de la legación de Colombia en Nicaragua, "En muchas ocasiones se le recomendó que no perjudicara su carrera y desacreditara a Colombia", y concluye que el señor Avella no es "Testigo de excepción" como lo califica el tribunal y que su declaración por certificación carece de valor probatorio. Afirma que "la sentencia apelada omite confrontar documentos y acepta los informes errados de la investigación"; que "la infamia del subsecretario, Casas Acosta y su "investigación" convencieron al tribunal".

Al final del luengo memorial afirma el apelante por adhesión que "el Gobierno colombiano me galardonaba con la Gran Cruz de San Carlos pero los mandos medios del Ministerio impiden la devolución del dinero con que preservé el decoro del Colombia".

La señora Agente del Ministerio Público, guardó silencio.

Aparecen, en el expediente de la segunda instancia, nuevas copias de memoriales, escritos, listas, mensajes y otros documentos, anexos que, según el informe secretarial, fueron presentados con la apelación adhesiva. Es de anotar que en el escrito del apelante no se hace alusión a dichos documentos ni a su finalidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Destaca la sala en primer término el hecho de que en el caso sometido a estudio, la apelación fue interpuesta por la parte demandada, pero al recurso se adhirió la demandante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 353 del C. P. del C. Esta circunstancia conlleva a la aplicación del artículo 357 del mismo estatuto, según el cual "... cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

SECCION PRIMERA

Hecha la precisión anterior, procede la sala a resolver las apelaciones interpuestas.

La acción en el presente proceso está encaminada a obtener la nulidad de unos actos administrativos que, expedidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, niegan el pago de una cuenta de cobro formulada por el actor. La cuenta de cobro hace referencia a erogaciones efectuadas por el doctor Oswaldo Rengifo en beneficio de unos asilados políticos cuando se desempeñaba como Embajador de Colombia en la República de Nicaragua, entre los meses de octubre de 1978 y septiembre de 1979.

Desde un comienzo, la parte demandante limita los términos de la controversia "a la exigencia que el Ministerio de Relaciones Exteriores le hizo al actor de acreditar, para el reconocimiento y pago de lo debido por concepto de alojamiento, alimentación, suministro de artículos de aseo y de uso personal, etc., de los ciudadanos nicaragüenses a quienes el Gobierno colombiano les concedió asilo diplomático en el lapso de octubre de 1978 a septiembre de 1979, con los comprobantes, facturas y recibos correspondientes, lo que efectivamente invirtió o gastó en ello, no obstante que el Ministro del ramo encargado en ese entonces, doctor Carlos Borda Mendoza, acordó con el actor un valor de US$10 diarios por asilado, como suma razonable al reconocer por esos conceptos que indubitablemente correspondía atender al Gobierno Nacional y lo cual fue respetado por el propio Ministerio inicialmente al hacerle a mi representado algunos pagos parciales por ello..." (fl. 11).

El punto axial de la demanda y de la controversia, es el numeral primero del oficio 01700 del 2 de octubre de 1986 cuyo texto reza:

> "La imposibilidad de reconocer suma alguna de dinero sin el respaldo de las facturas o recibos correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Resolución 07008 de 1978 y 0979 de 1982, que exigen a todo empleado o agente del Gobierno Nacional rendir cuentas."

El oficio en cuestión, menciona también "las imprecisiones contables y de estimación de gastos diarios por asilado, como se desprende de los diferentes memoriales enviados a esta Subsecretaría"; igualmente, se refiere a la investigación de la Procuraduría Tercera Regional de Bogotá sobre las posibles irregularidades en que hubieran podido incurrir los funcionarios del Ministerio en atención a la solicitud del actor, investigación que fue archivada mediante Resolución del 24 de enero de 1985,

"Hasta cuando se presenten (sic) la relación detallada de todos los gastos, las facturas y recibos que comprueben el gasto y la relación".

Los otros dos oficios acusados, dicen relación a los recursos interpuestos contra la decisión contenida en el primero y hacen énfasis en lo siguiente:

"De conformidad con el primer inciso del artículo 59 de la Constitución Nacional, corresponde a la Contraloría General de la República la vigencia de la gestión fiscal de la Administración.

"Así mismo, el artículo.1º de la Resolución 07008 de 1978, sustituida por la 097097 de 1982, dispone que todo empleado o agente del Gobierno Nacional que administre, recaude, invierta, pague, custodie o vigile fondos o bienes nacionales, está obligado a rendir cuentas comprobatorias.

"De otra parte, el desconocimiento de la obligación de presentar los documentos o pruebas soporte de un gasto efectuado, no constituye un argumento válido que pueda servir de excusa. La presentación de las facturas legalizando sumas giradas por el Ministerio contradice lo expresado por el doctor Rengifo -Véanse fls. 291, 293, 295, 296 y 297 en el fólder 'Documentos del doctor Oswaldo Rengifo Otero número 2'-.

"Concluye la Oficina Jurídica de esta entidad, en el oficio 454 de 20 de febrero del año en curso, lo siguiente:

"2. Físicamente debe presentar los comprobantes, facturas y recibos, o en su defecto pruebas que suplan los anteriores justificando los gastos y que éstos sean aceptables, como soporte legal para la refrendación y cancelación de esas cuentas, porque así lo exigen las normas fiscales vigentes.

"3. El doctor Oswaldo Rengifo Otero, podrá solicitar el pago de las sumas que le adeuden, siempre y cuando reúna los requisitos que exijan las normas presupuestales fiscales vigentes, con lo relacionado al gasto público (fl. 54, cdno. ppal.).

"Al resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente se observa que no existe circunstancia alguna que permita modificar la decisión por cuanto aún no han sido presentados los comprobantes, facturas y recibos que justifiquen los gastos alegados por usted y por lo tanto no se reúnen los requisitos exigidos por las normas presupuestales y fiscales vigentes en lo relativo al gasto público."

Como ya ha quedado anotado, el Tribunal de instancia le dio prosperidad a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la nulidad de los oficios acusados y de acceder parcialmente al restablecimiento del derecho condenando a la Nación a pagarle al actor la suma que resulte en pesos colombianos de la operación aritmética resultante de aplicar la tasa de cambio oficial a US$6010.52, en la fecha de ejecutoria de la sentencia, con intereses legales del 6% anual desde el 26 de septiembre de 1979 hasta la fecha de ejecutoria del fallo y los intereses comerciales corrientes y moratorios a partir de dicha ejecutoria y hasta cuando se produzca el pago de conformidad con la previsión del artículo 177 del C.C.A.

Para acceder a las peticiones de la demanda el *a quo* reconoció la existencia de un acuerdo entre la Cancillería y el actor mediante el cual se le pagaba a éste una suma por asilado. Aduce que tal acuerdo aparece respaldado con la cuenta de cobro adjunta a la Resolución 1558 de 30 de agosto de 1979 dictada por el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores por medio de la cual se le reconocieron al actor US$2.363.57, correspondientes a la permanencia durante 228 días en total de los asilados Antonio Jiménez Urbina, Mario Avilés Amador, Ariel Rodríguez, Carlos Benito Gallo Osejo y María Rosario Ibarra de Gallo.

Examinado el expediente en busca del documento en que el Ministerio acordará con el accionante el pago de una suma determinada por asilado, no se encontró constancia alguna del mismo.

En el auto que decreta las pruebas (abril 4 de 1988, fl. 188 del cdno. ppal.), se ordenó la solicitud de las resoluciones o actos administrativos por medio de los cuales el Ministerio autorizó el pago a la Embajada colombiana en Managua, o a los doctores Luis Vargas Rodríguez y Fernando Navas de Brigard, la suma de US$2.40 diarios por cada asilado somocista que hubo en dicha Embajada después del 26 de septiembre de 1979 (ofics. 88-612 de 28 de mayo de 1988 y 89.952 de 3 de mayo de 1989, fls. 159, 160, 212, 213, 214 y 215 del cdno. ppal.). Los documentos no fueron aportados al expediente y al respecto de ellos es notoria la circunstancia de que, habiéndose presentado una nueva oportunidad para recabar su obtención durante la diligencia de audiencia pública efectuada en el Ministerio de Relaciones Exteriores el 15 de enero de 1990 (fl. 237 del cdno. ppal.), el actor, quien había solicitado la audiencia y quien tuvo el uso de la palabra durante la misma, no hizo mención de esas resolucio-

nes, disposiciones o actos administrativos, basilares para el esclarecimiento de su petición.

No aparece entonces evidencia probatoria alguna que sustente lo afirmado por el actor y reconocido por el Tribunal, que pueda servir de base para exigirle al Ministerio de Relaciones Exteriores el cumplimiento del hipotético acuerdo.

Obra sí en el expediente la Resolución 1558 del 30 de agosto de 1979 dictada por el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores por medio de la cual se le reconocieron al actor US$2.363.57, por concepto de gastos en los primeros cuatro meses de 1979 en favor de seis asilados, a razón de US$10 diarios durante 222 días.

Sin embargo, la situación contemplada en la resolución precitada difiere de la que pretende resarcirse ahora, por cuanto respecto de aquellos gastos se adjuntaron recibos según se infiere del oficio número 103-053 de 3 de mayo de 1979, enviado por el Embajador doctor Rengifo Otero al Ministro (fl. 62) y de los considerandos de la misma Resolución 1558 del 30 de agosto de 1979 (fl. 65).

Como lo dice la demanda, la controversia actual gira en torno a la exigencia que el Ministerio le hace al actor de acreditar con facturas, comprobantes y recibos correspondientes lo pagado por concepto de alojamiento, alimentación y suministro de artículos de aseo y uso personal, pues los demás gastos con motivo del asilo de los nicaragüenses, fueron debidamente acreditados por aquél al formular las respectivas cuentas de cobro.

De otra parte, el tribunal en la providencia apelada le aplica al caso el régimen exceptivo a que alude el artículo 21 del Decreto-ley 911 de 1932, vigente para la época de los hechos, según el cual "si al examinar las cuentas rendidas a la Contraloría por funcionarios pagadores o por cualquier otra persona que haya erogado fondos públicos, se hallaren partidas de gastos que un examinador glose por no estar conformes con la ley o con los reglamentos aplicables, y se viere que partidas de gastos similares han sido aceptadas sin observación por la Contraloría en el examen de otra cuenta anterior rendida por el mismo empleado pagador o por la misma persona que rindió la cuenta en que figuran dichas partidas glosadas, estas últimas serán aceptadas por el Contralor General sin perjuicio de la facultad de glosarlas en cuenta posterior que rinda el mismo empleado pagador o la misma persona responsable".

Al respecto estima la Sala que la norma referida y gracias a la cual pudiera pensarse que el accionante no está obligado a acreditar mediante los respectivos comprobantes los gastos realizados, no es aplicable al caso sometido a estudio, porque la norma contenida en el artículo 21 del Decreto-ley 911 de 1932, opera para la Contraloría General de la República como órgano fiscalizador durante las etapas de control posterior aplicable al examen y fenecimiento de cuentas rendidas por el pagador, y no frente al Ministerio de Relaciones Exteriores en una etapa precedente en la que de lo que se trata es de satisfacer algunos requisitos necesarios para la viabilidad del pago.

Además, si en gracia de discusión se considerara pertinente la disposición comentada, tampoco resultaría viable porque ella misma en la última parte del primer inciso prescribe que "...no serán aceptadas tales partidas, si con anterioridad y en tiempo oportuno hubiere prevenido el Contralor a dicho empleado pagador o a la persona responsable que esas partidas no se aceptarían después de tal prevención".

Contrariamente a lo que dice la sentencia recurrida que "de conformidad con los antecedentes que obran en el proceso, la administración no hizo ninguna advertencia previa al actor sobre la necesidad de allegar la totalidad de la documentación que sustentara las erogaciones", sí hay en el expediente elementos de juicio en virtud de los cuales puede afirmarse que la administración hizo al actor advertencias en tal sentido y como prueba de tal advertencia obra el cablegrama número 0538 enviado al doctor Rengifo a la Embajada en Managua en el que, además de anunciarle el envió de varios giros en dólares "para atención asilados actuales", le recuerdan al final: *Posteriormente deberá remitir los comprobantes justificatorios para el trámite final de carácter final.* (fl. 133, cdno. 7 del expediente).

Además, en oficio 514 visible al folio 90 del cuaderno número 6, se dice que mediante comunicación 01435 de agosto 21 de 1984, la Subsecretaría del Ministerio le solicitó al Embajador las facturas y recibos que comprueben el gasto.

Conforme a lo anteriormente expuesto, queda eliminada la posibilidad de hacer efectivo para el reclamante el pago de lo cobrado al Estado con base en el supuesto acuerdo y en la situación exceptiva que consagra el artículo 21 del Decreto-ley 911 de 1932 que como ya quedó establecido es inaplicable al presente asunto. En estas condiciones, la única opción que le quedaba al actor para lograr el pago de los dineros invertidos en los

ciudadanos extranjeros que se acogieron a la protección del Gobierno, era la comprobación de los gastos realizados con los comprobantes y recibos correspondientes, circunstancia que no aparece acreditada en el proceso.

Frente a la pretensión del demandante en el sentido de que se le reconozcan y paguen los gastos realizados en favor de los asilados, sin que tenga que adjuntar comprobantes y recibos, la Sala considera que no le asiste la razón, por los siguientes motivos:

Principios generales en nuestra normatividad jurídica indican que no puede hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y que cada gasto que se haga a cargo del Tesoro Nacional debe ser justificado.

A fin de que tales principios se cumplan, la ley prevé algunos controles, entre los cuales cabe destacar el que ejerce la Contraloría General de la Nación a fin de verificar si el gasto es justificado y si se realizó con el lleno de todos los requisitos de ley.

Como corolario de lo anterior, surge la necesidad de que todo empleado o agente del Gobierno Nacional que administre, recaude, invierta, pague, custodie o vigile fondos o bienes nacionales, está obligado a rendir cuentas comprobatorias, según lo dispone el artículo 1º de la Resolución 07008 de 1978, sustituida por la número 097097 de 1982.

El actor en su condición de Embajador de la República de Colombia se encontraba obligado a rendir cuentas comprobatorias porque al asumir los gastos que los asilados, en la sede diplomática, le causaron al Tesoro Nacional devino en administrador de fondos públicos.

A su turno, el Ministerio de Relaciones Exteriores en su calidad de ordenador del gasto se hallaba en la necesidad de exigir cuentas comprobatorias de los gastos realizados.

Mal podría pensarse que un acreedor se presente ante su deudor a reclamarle el pago de una deuda contraída a nombre suyo, sin que se le pruebe el hecho.

No podría esperarse que el Estado cancele una obligación contraída a su nombre, sin que se le demuestre que el gasto se autorizó y que éste se realizó. La ausencia de prueba de estos dos elementos de la relación jurídica descartan la posibilidad de un enriquecimiento sin causa por parte de la Nación, pues en tales condiciones no se hallarían acreditados los

elementos de dicha figura concernientes a la realización del pago en nombre de la Entidad y al correlativo empobrecimiento del actor.

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 haber conocido el concepto del Agente del Ministerio Público por no haberse hecho presente en el proceso,

FALLA:

Revócase la sentencia proferida en el presente proceso por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha 14 de mayo de 1992, y en su lugar, *deniéganse* las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 4 de marzo de 1993.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, José Ignacio Narváez García, Conjuez ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ARANCEL DE ADUANAS / CLASIFICACION ARANCELARIA / LEY ESPECIAL

Al haberse consagrado en una norma especial, un procedimiento gubernativo igualmente especial en cuanto atañe a las clasificaciones arancelarias y la generalidad que implican, la forma en que pierden su vigencia, y la atribución de la Administración para corregirlos aun de oficio, como lo es el Decreto-ley 2666 de 1984, éste tiene aplicación preferente frente a la norma de carácter general, -art. 73 del C.C.A.-, sin que para ningún efecto tenga mayor incidencia la circunstancia del contenido particular del acto modificado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 2209.

Recurso de apelación contra la sentencia de 10 de septiembre de 1992, expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Actora: Expoartes Sánchez Roa y Cía. Ltda.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor apoderado de la parte actora contra la sentencia de 10 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1 La sociedad Expoartes Sánchez Roa y Cía. Ltda., por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A. acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a demandar la nulidad: a) de la Clasi-

ficación Arancelaria 17667 de 15 de octubre de 1987, mediante la cual se clasifica por la posición arancelaria 49.11.01.02 y se corrige la Clasificación Arancelaria 16493 de 27 de marzo de 1987 dada para la misma mercancía por la posición 49.01.89.00, emanada del Jefe de la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas; b) Del Acta número 17 de 24 de noviembre de 1987, mediante la cual se confirmó la posición arancelaria 49.11.01.02 fijada por la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas, en la clasificación arancelaria número 17667, por no cumplir con los requisitos exigidos en la Nota Legal del Capítulo 49 (49-3), emanada de la Junta General de Aduanas, de la Dirección General de Aduanas, y c) a título de restablecimiento del derecho, que se paguen los perjuicios causados con la expedición de los actos acusados, los cuales se liquidarán en la forma indicada por el artículo 308 del C. de P.C.

I.2 Como normas violadas se indicaron en la demanda los artículos 2º, 16, 17, 20, 26, 30, 32 y 39 de la Constitución de 1886; 1º a 6º del Decreto 2011 de 1973; 73 y 74 del Decreto-ley 01 de 1984.

I.3 A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario que culminó con el proferimiento de la sentencia de 10 de septiembre de 1992, que fue oportunamente apelada por el señor apoderado de la actora.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones de la demanda, el Tribunal administrativo de Cundinamarca razonó, en esencia, así:

La excepción de inepta demanda por escogencia equívoca de la vía de la acción planteada por la parte demandada en el alegato de fondo, no es considerada por haber sido formulada de manera extemporánea.

Respecto del fondo del asunto corresponde decidir si la fijación de la posición arancelaria de una mercancía es acto administrativo de carácter general o, si por el contrario, de carácter particular y concreto, puesto que si lo primero, es menester concluir que la administración puede en cualquier momento derogar su propio acto, mientras que si es lo segundo, la conclusión es que debió atenderse el trámite contemplado en el artículo 73 del C.C.A., y a los que el mismo artículo remite, so pena de acarrearse la ilegalidad de tal decisión.

Para optar por una u otra tesis se debe atender el contenido de las normas citadas por la parte demandada: el artículo 304 del Decreto 2666

de 1984, que preceptúa que las clasificaciones arancelarias sólo pueden ser derogadas expresamente por otras; y el 306 de la misma norma, que permite la corrección de oficio de la fijación de la posición arancelaria dado que la clasificación en el arancel de determinada mercancía es una actuación que se inicia a petición de cualquier persona, pero que obviamente tiene determinado interés en el asunto en tanto tiene que llenar una serie de requisitos, suministrar la información pertinente y en lo posible adjuntar una muestra de lo que se pretende clasificar.

La decisión tomada debe comunicarse a quien ha realizado la solicitud, pero la ley confiere lo posibilidad de que ésta pueda ser impugnada por cualquier persona, e igualmente se infiere, por el propio interesado. La clasificación arancelaria se debe publicar y puede ser impugnada por cualquier persona, en razón del interés público que implica.

Según la doctrina, los actos de carácter general se derogan, no se revocan. Por esta razón, al señalar el artículo 304 del Decreto 2666 de 1984 que las clasificaciones pueden ser derogadas pero expresamente por otras, determina el carácter general de tal acto.

Y es que la ubicación respecto al arancel de una mercancía conlleva implicaciones fiscales en tanto el Estado recibirá un mayor o menor monto por concepto de derechos de aduana.

En este caso, la Administración ejerció una facultad legal, la que se desprende del texto del artículo 304 del Decreto 2666 de 1984, para lo cual oficiosamente la facultaba el artículo 306 del mismo decreto, y de cuya interpretación conjunta se desprende que el acto mediante el cual se clasifica una mercancía en relación con el arancel es acto que se puede derogar de manera oficiosa por otro, no siendo por tanto de recibo el argumento de la demandante de que se requería el procedimiento al que alude el artículo 73 del C.C.A.

En el proceso no se demostró qué exportaciones en trámite de la actora se vieron afectadas por el acto impugnado, ni que finalizada tal actuación se produjo la clasificación arancelaria 17667. El argumento esgrimido fue el de que a partir de la expedición de la clasificación arancelaria 17667 la actora no pudo seguir realizando su objeto social, como es el de la exportación, para lo cual no se encuentra razón alguna toda vez que la decisión de la administración no estaba dirigida a impedir la tramitación de la actuación tendiente a la aprobación de registros de

exportación sino el de cambiar la clasificación arancelaria de la mercancía exportada.

Tampoco se acreditó que desde la expedición de la Clasificación Arancelaria 17667 de 15 de octubre de 1987 hasta el momento de su ejecutoria el 18 de diciembre del mismo año, la Administración no permitió a la actora adelantar trámites de exportación, pues a pesar de que se recaudó la certificación expedida por el Secretario de la Junta General de Aduanas sobe la vigencia de la Clasificación número 16493 de 27 de marzo de 1987 hasta la ejecutoria de la número 17667 mencionada, esta certificación, además de no constituir decisión administrativa sobre solicitudes de trámite de exportación entre el 15 de octubre y el 18 de diciembre de 1987, riñe con claros preceptos legales, pues hasta tanto la nueva clasificación arancelaria estuviera en firme, la anterior regía para todos los efectos.

El no haber intentado trámites de exportación, por considerar no vigente la Clasificación Arancelaria número 16493 y no utilizable la número 17667, no puede ser aducido por el particular como una decisión negativa de la Administración para efectuar exportaciones por el lapso referido.

No siendo de recibo el argumento sobre la infracción del artículo 73 del C.C.A., tampoco surge la violación de las demás normas citadas, entre otras cosas, porque con la expedición de la Clasificación Arancelaria número 17667 la Administración no estaba imponiendo condena alguna, sino que tan sólo ejerció una facultad legal al derogar una clasificación arancelaria que había expedido.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor apoderado de la parte actora, manifiesta como motivo de inconformidad con la sentencia apelada, el de que está suficientemente probado que el acto administrativo demandado desconoció un derecho subjetivo, concreto y particular, es decir, que revocó directamente un acto administrativo con violación de la ley, porque no contó con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho. Esta mera circunstancia es suficiente para la prosperidad de la nulidad impetrada, ya que la ley advierte que para la revocación de los actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto o que reconozcan un derecho de igual categoría, como lo es el acto revocado, no podrá efectuarse sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 301 del Decreto Legislativo 2666 de 26 de octubre de 1984, preceptúa:

"*Clasificaciones arancelarias generales.* A solicitud de cualquier persona, la Dirección General de Aduanas, a través de la Oficina correspondiente y de conformidad con la norma orgánica, clasificará las mercancías en el arancel de aduanas..."

A su vez, el artículo 304 *ibidem*, estatuye:

"*Derogatoria de las clasificaciones.* Las clasificaciones arancelarias sólo pueden ser derogadas expresamente por otras."

Y el artículo 306 del mismo Estatuto, reza:

"*Derogación expresa.* Cuando por solicitud de terceros se comprueben, ante la Dirección General de Aduanas, errores de orden legal o técnico en las clasificaciones arancelarias, *o cuando de oficio se corrijan,* las modificaciones o reformas sólo entrarán a regir desde el día siguiente al de la desfijación de la nueva clasificación, a menos que hayan sido impugnadas..." (destacados fuera de texto).

De las normas anteriormente transcritas se infiere: de una parte que las clasificaciones arancelarias fueron calificadas por el legislador extraordinario como actos de carácter general; de otra parte, que en cuanto alude a la pérdida de vigencia de las mismas, el legislador consagra como forma de extinción la derogatoria, figura que es predicable sólo de los actos de carácter general; y, finalmente, que las clasificaciones arancelarias constituyen actos administrativos que pueden ser corregidos, aun de oficio, por la Dirección General de Aduanas, cuando se comprueben ante ésta errores de orden legal o técnico.

Significa lo precedente, que al haberse consagrado en una norma especial, un procedimiento gubernativo igualmente especial en cuanto atañe a las clasificaciones arancelarias y la generalidad que implican la forma en que pierden su vigencia; y la atribución de la Administración para corregirlas aun de oficio, como lo es el Decreto-ley 2666 de 1984, éste tiene aplicación preferente frente a la norma de carácter general -artículo 73 del C.C.A.-, de acuerdo con la preceptiva del inciso 2º del artículo 1º del C.C.A., que establece que "los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compati-

bles", sin que para ningún efecto tenga mayor incidencia la circunstancia del contenido particular del acto modificado.

Así las cosas, cuando la Jefatura de la División de Arancel, de la Dirección General de Aduanas, corrigió la Clasificación Arancelaria dada por la posición 49.01.89.00 para la mercancía de la sociedad *Expoartes Sánchez Roa y Cía. Ltda.*, sólo ejerció una facultad legal conferida por los artículos 301, 304 y 306 del Decreto mencionado, como en efecto lo hizo en el evento *sub examine.*

No tienen pues vocación de prosperidad los motivos de inconformidad traídos por el actor en su escrito de sustentación del recurso.

Las consideraciones precedentes constituyen razón potísima para que se confirme la sentencia apelada, pero por las razones aducidas en la parte motiva de esta decisión.

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:

Confírmase la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 4 de marzo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia / ALCALDE - Funciones / TESTIMONIO PARA FINES NO JUDICIALES / TESTIMONIO SIN CITACION DE PARTE / LEY ESPECIAL

La delegación de funciones no está consagrada en nuestra legislación como regla general sino, por el contrario, sólo se predica como excepción, en los casos expresamente señalados en ella. Si el artículo 299 de C. de P. C. radicó de manera exclusiva en los notarios o alcaldes la facultad de recepcionar testimonios para fines no judiciales e igualmente para aquellos en que para fines judiciales no se pida la citación de la parte contraria; esta norma, por ser especial, prefiere a la general que sobre delegación de funciones se encuentre contenida en el artículo 320, literal d) del C. de R. M. **Confirma la Nulidad** ***del Decreto 380 de 4 de junio de 1990 de la Alcaldía de Medellín, "por medio del cual se delega en los Inspectores Municipales de Policía unas atribuciones conferidas a los Alcaldes en el Decreto 2282 de 1989".***

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2228.

Actor: Iván Gallego Castaño.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Marco Fidel Suárez Mesa, en calidad de tercero interviniente, contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, el 14 de septiembre de 1992.

SECCION PRIMERA

I. ANTECEDENTES

a) *El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda*

El ciudadano y abogado Iván Gallego Castaño, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad del Decreto 380 de 4 de junio de 1990, emanado de la Alcaldía de Medellín, "por medio del cual se delega en los Inspectores Municipales de Policía unas atribuciones conferidas a los alcaldes en el Decreto 2282 de 1989".

b) *El acto acusado*

Previas consideraciones acerca de lo preceptuado por los artículos 1º, numeral 130 del Decreto 2282 de 1989 y 320 literal d) del Decreto-ley 1333 de 1986, y del concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado "... el 30 de septiembre de 1986, ante consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno...", en el sentido de que no existe obstáculo legal para que los alcaldes deleguen en los inspectores municipales de policía las funciones a ellos asignadas, el acto acusado, en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

> "*Artículo primero.* Deléguese en los Inspectores Municipales de Policía la facultad de recibir testimonios para fines no judiciales, igualmente aquellas que tengan fines judiciales y no se pida citación de la parte contraria en los términos consagrados en el artículo 1º numeral 130 del Decreto 2282 de 1989."

El artículo 2º del acto acusado dispone sobre la fecha de su entrada en vigencia.

c) *Los hechos de la demanda*

Los hechos de la demanda tienen que ver, exclusivamente, con la expedición del acto acusado.

d) *Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación*

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 3 a 6 cdno. 2):

Primer cargo. Violación del artículo 299 en concordancia con el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, pues la primera de dichas normas es clara y concisa en el sentido de que los testimonios para fines

no judiciales, e igualmente los que tengan dichos fines y no se pida la citación de la parte contraria, se rendirán "exclusivamente" ante notarios y alcaldes. Además, si de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6º del ordenamiento procesal civil, las normas procesales son de orden público y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, cualquier regulación o interpretación que contradiga la disposición contenida en el artículo 299 *ibidem* "... se tendrá por no escrita".

Segundo cargo. Violación de la Ley 30 de 1987, pues mediante ella se autorizó al Presidente de la República para, entre otros aspectos, introducir modificaciones al procedimiento civil, y en ninguna de sus normas se autoriza la delegación de funciones de que trata el acto demandado.

Tercer cargo. Violación del artículo 3º de la Ley 202 de 1936, la cual dispone que "... el delegado no puede subdelegar las funciones del Presidente de la República".

Cuarto cargo. Violación del artículo 135 de la Constitución Política de 1886, pues si dicha norma dispone que las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley, el acto acusado no podía válidamente disponer la subdelegación de funciones del Alcalde en favor de los Inspectores Municipales de Policía.

Aun cuando el actor cita como trasgredido por el acto acusado el artículo 181 de la Carta Política de 1886, en la demanda no expresa el concepto de su violación.

e) *Las razones de la defensa*

A pesar de haber sido debidamente notificada del auto admisorio de la demanda, la parte demandada, municipio de Medellín, no se hizo parte en el proceso.

f) *La actuación surtida*

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante providencia de 14 de septiembre de 1990 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 17 a 20 cdno. 2).

Por auto de 18 de marzo de 1992 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron como tales las solicitudes por la parte actora (fl. 26 *ibidem*).

Dentro del término para alegar de conclusión, ni las partes ni el Agente del Ministerio Público presentaron escrito alguno.

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. 28 a 31 cdno. 2):

Tanto la Constitución Nacional de 1886, en su artículo 135, como la actual Carta Política, en su artículo 211, disponían y disponen taxativamente que las funciones que pueden ser delegadas deben ser señaladas por la ley.

Sobre el aspecto de la delegación existe la tesis jurídicamente reiterada según la cual "... la delegación debe siempre fundarse en voluntad expresa y así el análisis de lo debatido es confrontar el argumento que tuvo el Alcalde Municipal para motivar su acto en el sentido de que el literal d) del artículo 320 del Decreto 1333 de 1986 emanado de la Ley 11 de 1986 preveía la posibilidad de que el Alcalde delegara funciones en los inspectores de policía sin establecer ninguna clase de restricciones y lo dispuesto por el C. de P. C. que también emana de la Ley 30 de 1987".

Lo que el legislador consagró en el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil (Dec. 2282 de 1989 Mod. 130), sin que por ello quebrante el artículo 320 del Código de Régimen Municipal, es el que "exclusivamente" ante notario o alcalde deben rendirse las funciones que pretenden subdelegarse mediante el acto acusado.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el tercero interviniente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 33 y 34 cdno. 2).

Las consideraciones del acto acusado mantienen su vigencia, pues acudiendo a la figura de la desconcentración administrativa, se busca que los estamentos más pobres de la población puedan acudir ante los inspectores de policía, de una manera más rápida y económica, a realizar ese tipo de diligencias.

La designación de los inspectores de policía como funcionarios ante quienes las personas pueden rendir sus declaraciones surgió ante la imposibilidad material de los alcaldes para atender tal tipo de diligencias, y porque aquellos funcionarios pueden estar más cerca de la inmediación testimonial.

Atenerse al texto literal de las normas, como se hace en la sentencia apelada, es ir en contravía con lo dispuesto por los artículos 1º y 13 de la Constitución Política de 1991.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación solicita la confirmación de la sentencia apelada, pues considera que el acto acusado transgredió el artículo 299 del C. de P.C., el cual se citó como fundamento de la competencia para expedirlo.

Si el artículo 299 del C. de P. C. contiene un mandato claro, expreso y específico, no era dable desatender su tenor literal so pretexto de estar desarrollando una competencia general que le asigna a los alcaldes el artículo 320 ordinal d) del Decreto 1333 de 1986.

Si el artículo 135 de la Constitución de 1886 era claro en el sentido de que "Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley", y el artículo 299 del C. de P.C. consagra taxativamente qué funciones y ante cuáles funcionarios se delegan unas "... atribuciones que eran propias de los jueces no podía por tanto interpretarse que se daba la posibilidad de una subdelegación. En nuestro anterior ordenamiento jurídico no cabía la subdelegación a menos que lo autorizara la ley y, en verdad, ni la Ley 30 de 1987 que le dio facultades al Gobierno para expedir el Decreto 2282 de 1989, ni en este Decreto se previó la posibilidad de la subdelegación de las facultades otorgadas a los alcaldes y a los notarios" (fls. 7 a 9 cdno. 1):

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego del análisis de los argumentos del apelante, la Sala considera que ninguno de ellos logra desvirtuar los fundamentos sobre los cuales reposa la sentencia recurrida, ni mucho menos la evidente transgresión, por parte del acto acusado, de las disposiciones de orden constitucional y legal que el actor invoca en apoyo de sus pretensiones anulatorias.

En efecto, para la Sala no resultan valederas las tesis del actor, según las cuales el acto acusado se dictó bajo los parámetros de la figura jurídica de la desconcentración administrativa, ni aquélla acerca del cúmulo de trabajo que aqueja a los alcaldes, así como tampoco la de que el Tribunal *a quo* en su decisión se fundamentó equivocadamente en los precisos términos de los artículos 135 de la Constitución Política de 1886 y 299 del Código de Procedimiento Civil, por la siguientes razones:

SECCION PRIMERA

1ª Porque la delegación de funciones no está consagrada en nuestra legislación como regla general sino, por el contrario, sólo se predica como excepción, en los casos expresamente señalados en ella.

2ª Porque si el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil radicó de manera exclusiva en los notarios o alcaldes la facultad de recepcionar testimonios para fines no judiciales e igualmente para aquellos en que para fines judiciales no se pida la citación de la parte contraria, esta norma, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, por ser especial, prefiere a la general que sobre delegación en funciones se encuentra contenida en el artículo 320, literal d) del Código de Régimen Municipal.

3ª Porque la consulta absuelta por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, que sirve de motivación al acto acusado, no guarda relación alguna con la materia por él regulada, pues ella se refiere a la facultad del alcalde para "delegar a sus subordinados los inspectores municipales de policía la función que le confieren la Ley 57 de 1905, artículo 15, y el Decreto 992 de 1930...", es decir, la competencia que tiene aquel funcionario para conocer y decidir los procesos policivos sobre lanzamiento por ocupación de hecho (Anales del Consejo de Estado segundo semestre de 1986, pp. 92 a 96).

4ª Porque como fundamento de esta decisión, y por referirse concretamente al caso *sub judice,* la Sala acoge en su integridad el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en fecha 6 de septiembre de 1990, en el cual se expresa lo siguiente:

> "1. La delegación de funciones es una institución jurídica mediante la cual el funcionario u organismo competente transfiere, específica y temporalmente, a uno de su subalternos una determinada atribución. Pero para ello es necesario la correspondiente facultad de delegación.
>
> "2. El artículo 135 de la Constitución Nacional contempla la delegación de funciones del Presidente de la República en los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos o Gobernadores.
>
> El precepto exige que las materias delegables estén determinadas por la ley y además contempla que el delegante puede reasumir en cualquier tiempo la competencia delegada. La Ley 202 de 1936 y el Decreto-ley 2703 de 1959 determinan, entre otras disposiciones, las materias que pueden ser objeto de delegación presidencial.

"3. El Decreto-ley 1050 de 1968, sin perjuicio de lo dispuesto por leyes o decretos-ley especiales, contempla de modo general, la posibilidad de delegación de funciones en los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias. Respecto a los establecimientos públicos nacionales, el correspondiente estatuto legal determina o prevé la facultad de delegación.

"4. En relación con la administración regional y local, los correspondientes estatutos regulan la facultad de delegación, en tal forma que ésta se podrá ejercer o no según esté o no autorizada por ordenanzas o acuerdos intendenciales, comisariales o municipales. Pero, si los funcionarios u organismos de la administración regional o local ejercen funciones prescritas directamente por la ley, solamente ésta puede prescribir la facultad de delegar funciones.

"5. El artículo 130 del Decreto-ley 2282 de 1989, que reemplazó el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, prescribe:

"Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente, los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba y sólo tendrán valor para dicho fin.

"Esta disposición transfiere a los notarios y alcaldes la facultad de recibir testimonios con fines extrajudiciales o para hacerlos valer en algún proceso judicial siempre que no se pida la citación de la parte contraria. El precepto se propone relevar a los jueces de estas tareas para descongestionar los despachos judiciales y dispone que deben ser cumplidas por notarios y alcaldes. Sin embargo, no contempló la facultad de delegación y por lo mismo esa atribución debe ser ejercida directamente por los notarios y alcaldes. En consecuencia no existe la posibilidad de delegación" (Concepto No. 1220 de septiembre 6 de 1990. Consejero ponente: doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 372. Extractos de Jurisprudencia. Octubre, noviembre y diciembre de 1990, Primera Parte, pp. 91 y 92).

En consideración a los precedentes razonamientos la apelación no prospera, por lo que habrá de confirmarse el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto de la Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de su Sección Segunda, el 14 de septiembre de 1992.

Segundo. Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al señor Alcalde del Municipio de Medellín.

Tercero. En firme este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

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 cuatro de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Los Consejeros:

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

JUICIO CIVIL DE POLICIA / FALTA DE JURISDICCION

Se evidencia el carácter para-jurisdiccional que acompaña al proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, lo que conduce a concluir que la Resolución que le pone fin goza de la misma condición, pues en esta clase de actuaciones las autoridades de policía no cumplen funciones administrativas sino que actúan en ejercicio de la función para-jurisdiccional y sus actos por lo mismo conservan dicha naturaleza.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 2257.

Recurso de apelación contra el auto de 20 de noviembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Actor: Leonardo Carvajal.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor Leonardo Carvajal por medio de apoderado, contra el auto de 20 de noviembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto rechazó la demanda promovida contra la Resolución 07 de 30 de julio de 1992, expedida por la Inspectora Tercera Superior de Policía de Cali.

I. ANTECEDENTES

I.1 El señor Leonardo Carvajal, obrando por medio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, tendiente a obtener:

a) Que se declare la nulidad de la Resolución 07 de 30 de julio de 1992, dictada por la Inspección Tercera Superior de Policía de Cali, dentro del proceso de lanzamiento por ocupación de hecho promovido por Albania Restrepo Chávez contra Jesús Ricaurte Carvajal, Leonardo Carvajal, e indeterminados;

b) Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene la restitución del inmueble controvertido ubicado en la carrera 24 No. 19B-39 Barrio Las Acacias de Cali, en favor del demandante y contra quien lo tenga en su poder;

c) Se condene al pago de los daños y perjuicios a la Alcaldía del municipio de Cali, por las siguientes sumas de dinero:

i) por concepto de daño emergente $18.050.000 susceptible de reajuste conforme a la desvalorización de la moneda y a la valorización inmobiliaria,

ii) por concepto de lucro cesante $75.000.

En el capítulo que denominó el actor "Fundamentos de derecho de las prestaciones", adujo la violación de los artículos 5º y 13 Decreto 992 de 1930; 174 y 187 del C. de P.C.; 2º, 29 y 58 de la Constitución Nacional; 84 y 85 del C.C.A.; 713 y 762 del C.C., además que se incurrió en falsa motivación.

I.2 Por auto de 20 de noviembre de 1992, que es objeto del recurso de apelación, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó la demanda por falta de jurisdicción para conocer de ella.

II. EL AUTO RECURRIDO

Para rechazar la demanda consideró al *a quo* que el acto acusado fue proferido dentro de un juicio civil de policía, lo que lo hace incompetente para conocer de él.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para expresar su inconformidad con la providencia apelada, el apoderado del actor manifiesta, en síntesis, que del contenido de los artículos 15 de la Ley 57 de 1905, reglamentado por el Decreto 992 de 1930 y 13 *ibidem*, se deduce que sólo procede el lanzamiento por ocupación de hecho cuando no es competente la justicia ordinaria civil o penal, además que dicho proceso no está catalogado ni en el Código Nacional de Policía ni en el Código Departamental del Valle del Cauca

como procedimiento policivo civil, lo que hace que por la naturaleza del acto, por provenir de la Alcaldía Municipal y por disposición legal, el citado proceso sea administrativo y la Resolución acusada y su ejecución constituyan actos administrativos que deben ser juzgados por la justicia administrativa.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura que plantea el recurrente gira en torno de la naturaleza del proceso de lanzamiento por ocupación de hecho.

Estima la Sala que no le asiste razón el recurrente cuando afirma que dicho proceso por no ser de competencia de la justicia ordinaria civil o penal, se convierte en administrativo, ya que este proceso tiene carácter para-jurisdiccional y lo que determina la competencia de las autoridades de policía no estriba en la naturaleza administrativa, que le pretende dar el apelante, sino en el término para el ejercicio de la acción. Esto es, si la acción tendiente a recuperar la posesión de un bien inmueble se intenta antes del vencimiento del término de treinta días, contados a partir de aquel en que se tuvo conocimiento de la ocupación de hecho, el asunto está reservado al conocimiento de aquéllas, en tanto que si se deja transcurrir dicho término, sólo será por medio del ejercicio de la acción posesoria o reivindicatoria que regula el Estatuto Procedimental Civil en que se puede intentar la restitución del bien, invocando las normas de derecho sustancial contenidas en la codificación civil, sin perjuicio obviamente de que por estar la conducta tipificada como infracción penal, a través de la constitución en parte civil dentro del proceso penal, se pueda solicitar el restablecimiento del derecho vulnerado.

Lo anterior evidencia el carácter para-jurisdiccional que acompaña al proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, lo que conduce a concluir que la Resolución que le pone fin goza de la misma condición, pues en esta clase de actuaciones las autoridades de policía no cumplen funciones administrativas sino que actúan en ejercicio de la función para-jurisdiccional y sus actos por lo mismo conservan dicha naturaleza.

De lo anterior resulta que si conforme a lo dispuesto en el artículo 82 inciso 3º del C.C.A. que prescribe: "La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la Ley", forzoso es concluir que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca carece de jurisdicción para conocer del asunto sometido a su consideración y por ello la providencia apelada habrá de confirmarse.

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

RESUELVE:

1. *Confírmase* el proveído de 20 de noviembre de 1992, del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto rechazó la demanda por falta de jurisdicción.

2. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día cuatro de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Funciones / CONGRESO - Funciones / CONTRATACION ADMINISTRATIVA / SELECCION DEL CONTRATISTA - Procedimiento

Una autoridad administrativa -salvo las Asambleas y Concejos en la materia relativa a las formas de selección del contratista- no puede establecer normas de procedimiento, habida cuenta que esto es del resorte del legislador; además que no puede pensarse que cuando la disposición acusada habla de "procedimientos", se está refiriendo a los procedimientos internos de que trata el artículo 32 del C.C.A. en cuyo caso el reglamento debe ser sometido a la revisión y aprobación de la Procuraduría General de la Nación, pues esta norma es clara en cuanto excluye de dichos reglamentos a los procedimientos especiales señalados por las leyes, y como ya se dijo, la materia de la contratación está reservada a la ley. **Decreta la suspensión provisional** ***del numeral 11 del artículo 7 del Decreto 2150 expedido por el Gobierno Nacional.***

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2268.

Acción: Nulidad.

Actor: Víctor Obdulio Benavides Ladino.

El ciudadano Víctor Obdulio Benavides Ladino, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 1º, 2º numeral 1º; 3º, 7º numerales 1º a 16, 18 a 23 y 25; y 37 del Decreto 2150 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Superintendencia del Subsidio Familia.

SECCION PRIMERA

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL

Para solicitar el decreto de suspensión provisional del acto acusado, aduce el accionante el quebranto ostensible de la siguiente manera:

1. Los numerales 1, 3, 5, 20, 6, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19 y 25 del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992, repiten los literales a), b), c), n), i), j), y m) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981 y 79 y 82 del Decreto 341 de 1981.

Se infringió el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por cuanto las funciones o facultades que éste le dio al Gobierno Nacional, lo fueron para hacer consonantes las funciones de las entidades a reestructurar con las nuevas disposiciones constitucionales, y al repetirse normas vigentes no se redistribuyen funciones, no se asignan de nuevo, ya que la entidad no sufrió ninguna modificación sustancial o mínima.

2. El numeral 2º del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992, es violatorio del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, en consonancia con el artículo 122 *ibidem*, cuando le da la función al Superintendente de reasignar competencias entre las distintas dependencias, pues este funcionario no puede sustituir o hacer las veces de legislador o poder reglamentario.

3. El numeral 7º del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992, al señalar que las observaciones que se hagan a los estados financieros de las entidades vigiladas serán de obligatoria consideración por parte de éstas, es inconstitucional porque impide el libre desarrollo de sus actividades sometidas desde luego al imperio de la ley y de la Constitución, por lo cual se quebrantan los artículos 6º, 14, 16 y 38 de la Constitución Nacional.

4. Las funciones del superintendente contempladas en los numerales 8 y 10 *ibidem*, violan los artículos 6º, 14, 16 y 38 de la Constitución Nacional, porque inspeccionar y vigilar no significa que el control consista en administrar directamente las entidades vigiladas, y, definir planes, necesidades, inversiones, gastos y reservas, es hacer las veces de órganos administrativos de las entidades vigiladas. El poder de vigilancia y control consiste en hacer visitas, formular cargos, sancionar con multas o intervenir administrativamente la entidad vigilada, suspender o cancelarle su personería jurídica, pero no coadministrar en la forma expresada

en estos numerales acusados, lo cual viola los artículos transitorios 20 y 189 numeral 24 *ibidem.*

5. El numeral 11 del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992, es violatorio de los artículos 6º, 14, 16, 38 y 150 numerales 1 y 2 de la Constitución Nacional, ya que estatuir normas sólo es competencia del legislador y más cuando se trata de regular asuntos de los que realizan las personas en sociedad, incluidos sus negocios o relaciones contractuales. Además, de no estar en consonancia con la Carta, la Superintendencia coadministraría o administraría directamente estas entidades, haciendo nugatorio los derechos fundamentales de libre desarrollo.

6. En el numeral 21 del citado artículo 7º se quebrantan los artículos 6º y 29 de la Constitución Nacional, ya que la Carta no facultó al Superintendente para dictar observaciones obligatorias cuya inobservancia alcance siquiera el carácter de ley para sancionarse en consecuencia a los funcionarios de las entidades vigiladas, para quienes sólo obliga la Constitución y la ley.

Además, no existe un mecanismo para aplicar la pena o sanción oscilante entre uno y cien salarios mínimos, y no toda pena puede ser objeto de la imposición máxima. Por ello, esta norma no se acomoda a una forma propia del juicio.

7. El numeral 22 *ibidem* es violatorio de los artículos 6º y 29 de la Constitución Nacional, por cuanto las observaciones del Superintendente no están comprendidas dentro de las reglas de derecho obligatorias, como son la Constitución y la ley; luego no puede gozar o tener esta competencia para sancionar por inobservancia de sus instrucciones.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 25 de 1981, autoriza al Superintendente para suspender o cancelar la personería jurídica o intervenir administrativamente, pero su Decreto Reglamentario 341 de 1988 no determinó cuándo operaba una y otra sanción; y el Gobierno no aprovechó las facultades del artículo transitorio 20 para definir este asunto, por lo cual el acto acusado no se acomoda al debido proceso.

8. El numeral 23 literal c) del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992, es violatorio de los artículos 6º y 29 de la Constitución Nacional, por cuanto la no autorización que el Superintendente emita con respecto a las entidades sometidas a su vigilancia, bajo cualquier denominación (aprobación, improbación, instrucción observancia etc.), son elevadas por este numeral a rango legal, cuando lo cierto es que en Colombia sólo se es responsable por infringir la Constitución y la ley.

Se quebrantó el artículo 29 *ibidem* porque no se sabe a quién se va a sancionar ni cómo se dosifica la pena; es decir, qué clase de faltas merecen tantos o cuáles salarios como multas, por lo cual no hay forma de aplicarse este numeral para que pueda existir un juicio con la observancia cabal y plena de su propia forma y no existe norma vigente que le haga aplicable y se respete el derecho de defensa.

9. El artículo 37 del Decreto 2150 de 1992, que reproduce el artículo 91 del Decreto Reglamentario 341 de 1988, con la diferencia que omitió el tercer numeral, es violatorio de los artículos 6º y 29 de la Constitución Nacional, por cuanto permite sancionar por cualquier motivo sin que sea necesario adecuarlo a una norma constitucional o legal. Es decir, cualquier hecho es susceptible de sanción, y como no puede sancionarse sino únicamente por infracción a la Constitución y las leyes, cabe la suspensión solicitada, dado que el artículo 40 del Decreto 2150 de 1992, derogó las disposiciones contrarias, entre ellas, el artículo 91 del Decreto 341 de 1988.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

En primer lugar reitera una vez más esta Corporación la competencia que tiene para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad frente a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad conferida en el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, dado que de conformidad con lo establecido en el artículo transitorio 10, en concordancia con los artículos transitorios 5º y 39 *ibidem*, y en armonía con lo preceptuado en el artículo 241, el control sobre los mismos no corresponde a la Corte Constitucional, por lo que de acuerdo con el artículo 237 numeral 2º, la competencia residual corresponde al Consejo de Estado.

Adentrándonos en el estudio del tema que nos ocupa, la Sala advierte lo siguiente:

1. En lo que atañe a la violación genérica que plantea el actor por parte de los numerales 1, 3, 5, 20, 6, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19 y 25 del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992, por repetir los literales a), b), c), n), h), i), j) y m) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981 y 79 y 82 del Decreto Reglamentario 341 del mismo año, lo que se traduce para este en el quebranto del artículo transitorio 20, ya que la facultad al Gobierno Nacional lo era para reestructurar y al repetir normas vigentes no se cumple tal facultad, como lo ha manifestado esta Corporación en otros

pronunciamientos, entre ellos, en providencias de 28 de enero de 1992, expediente número 2249 y de 25 de febrero de 1992, expediente número 2276, esta no es la oportunidad procesal para definir hasta dónde iban las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 de la Carta, y en especial la relativa a la reestructuración de las dependencias de la Rama Ejecutiva y de sus entidades descentralizadas para colocarlas en consonancia con la reforma constitucional de 1991, pues ello implica no una simple comparación de textos en los que bien se puede advertir una repetición de normas vigentes, lo que por sí solo no conduce a transgresión, sino un análisis concienzudo y minucioso del contenido de las mismas haciéndolas armonizar con el resto del articulado al cual pertenecen y ante todo con las normas que componen el ordenamiento constitucional para poder determinar en un momento dado el quebranto por parte de aquéllas.

Todo esto no se adecua a las prescripciones del artículo 152 del C.C.A., sino que es preciso hacer un estudio de fondo lo cual sólo es procedente en el estado procesal de dictar la sentencia que ponga fin al proceso.

2. En lo que respecta al numeral 2º del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992, que señala dentro de las funciones del Superintendente la de "Nombrar, remover y distribuir los funcionarios de la entidad y reasignar competencias entre las distintas dependencias, cuando ello resulte necesario para el mejor desempeño del servicio", que según el actor es violatorio de los artículos transitorios 20 y 122 de la Constitución Nacional, por ser estas funciones propias del Legislador o poder reglamentario, no se vislumbra la ostensible infracción por cuanto cuando el artículo 122 *ibidem* utiliza la expresión "ley" o "reglamento", lo hace para abarcar el concepto de aquélla en sentido formal o material y de éste entendido no como decreto reglamentario, acepción que pretende significar el actor, sino como reglamento de administración que generalmente se conoce como manual de funciones, cuya expedición de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 189 numeral 14 de la Constitución Nacional, compete al Presidente de la República, y, en el evento *sub lite*, al Superintendente del Subsidio Familiar, quien obra como delegatorio de funciones presidenciales.

3. Tampoco observa la Sala que los numerales 7º, 21 y 22 del citado decreto, que prescriben: "Solicitar a las entidades vigiladas los estados financieros, para que el Superintendente formule sus observaciones, las

cuales serán de obligatoria consideración por parte de la entidad vigilada". "Imponer por medio de resoluciones motivadas, sanciones pecuniarias hasta por cien (100) salarios mínimos legales mensuales a los representantes legales, los miembros de los consejos directivos, los revisores fiscales y los funcionarios de las entidades sometidas a su vigilancia, por infracción a las leyes y estatutos; o por inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia", e "intervenir administrativamente en forma total o parcial, las entidades sometidas a su vigilancia, por infracción a las leyes y estatutos, o por inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia", quebranten los artículos 6º, 14, 16, 29 y 38 de la Constitución Política, en atención a que tales disposiciones impiden el libre desarrollo de las actividades de las entidades sometidas al control de la Superintendencia, y por no estar las observaciones comprendidas dentro de las reglas de derecho obligatorias como son la Constitución y la ley, pues bien es sabido que la libertad para desarrollar una actividad ha de estar enmarcada dentro de los límites de la Constitución y la ley, además que la facultad de inspección y vigilancia que corresponde hacer a la Superintendencia del Subsidio Familiar, conlleva correlativamente la facultad de hacer observaciones cuando se adviertan irregularidades y que constituyen una medida preventiva que puede en un momento dado evitar la intervención administrativa, la imposición de sanciones o la suspensión o cancelación de la personería jurídica de las entidades sometidas a su control, y en este sentido tales observaciones que desde luego han de encontrar respaldo en la Constitución y la ley deben tener carácter coercitivo, esto es, obligatorio, pues de lo contrario se haría ilusoria en sus efectos la existencia de dicha entidad.

De igual manera puede predicarse de la disposición contenida en el literal c) del numeral 23 del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992, que faculta al Superintendente para la "Imposición de multas sucesivas hasta por cien salarios mínimos legales mensuales hasta que cese la actuación ilegal o no autorizada", pues las actuaciones de las entidades sometidas a la supervisión de la Superintendencia del Subsidio Familiar, deben estar ajustadas a la ley, y si pese a las observaciones que se hagan aquéllas persisten en infringirla, necesariamente habrá de operar el poder sancionatorio porque de lo contrario no tendría razón de ser el establecimiento de la facultad de inspección y vigilancia.

De otra parte, la tendencia del legislador colombiano ha sido, en materia de imposición de sanciones, la de dar un margen de discrecionalidad para graduar la pena de acuerdo con la gravedad de la falta y los

antecedentes del infractor. Por ello, en lo que a este aspecto se refiere no encuentra la Sala, *prima facie,* la violación del debido proceso que plantea el actor.

4. Señalan los numerales 8 y 10 del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992:

Numeral 8º:

"Definir para cada entidad vigilada, atendiendo lo prescrito por la ley, planes de desarrollo, necesidades básicas insatisfechas, límite máximo del monto anual de las inversiones, gastos administrativos y la formación de reservas, con el fin de procurar el máximo beneficio para la familia y personas a cargo de los trabajadores con derecho a la prestación social del subsidio familiar."

Numeral 10:

"Aprobar o improbar los planes y programas de inversión para obras o servicios sociales que deben prestar las entidades bajo su vigilancia, y sin cuya autorización no podrán emprenderse."

El actor en relación con las normas transcritas aduce la violación por parte de éstas, de los artículos 6º, 14, 16 y 38 de la Constitución Nacional, porque inspeccionar y vigilar no significa coadministrar directamente las entidades vigiladas, lo que también vulnera el artículo transitorio 20 y 189 numeral 24 *ibidem.*

Al respecto observa la Sala que de la simple confrontación de las normas acusadas con las que se estiman como infringidas no surge la ostensible transgresión, y sí por el contrario del contenido de dichas normas se puede establecer que el libre desarrollo de las distintas actividades que realizan las personas en sociedad, derechos éstos garantizados en los artículos 16 y 38 de la Carta Política, tienen como ya se dijo, limitaciones que la misma Constitución y la ley establecen para evitar el caos y la anarquía, y una de ellas es precisamente la contemplada en el numeral 24 del artículo 189 *ibidem* que busca, a través de la inspección, vigilancia y control proteger el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público, lo que permite inferir sin mayor esfuerzo que definir planes y programas de desarrollo, necesidades básicas, monto de inversiones etc., y aprobar o improbar los mismos, armoniza con la finalidad expresamente señalada en el citado numeral 24 del artículo 189, por lo que no puede considerarse como extralimitación en el ejercicio de

las funciones que quebrante el artículo 6º citado como vulnerado, ni que ello conlleve a coadministrar las entidades sometidas a su vigilancia.

5. Señala el numeral 11 del artículo 7º del Decreto 2150 de 1992:

"Con el objeto de propender a la más eficiente administración y control, estatuir las normas y procedimientos a que debe someterse el régimen de contratación de obras, servicios y suministros en las entidades bajo su vigilancia, y sin cuya autorización aquéllas no podrán emprenderse."

Según el actor, esta disposición es violatoria de los artículos 6, 14, 16, 38 y 150 numerales 1 y 2 de la Constitución Política, ya que estatuir normas es competencia del legislador y más si se trata de regular relaciones contractuales.

Al respecto cabe anotar que es procedente la suspensión por cuanto una autoridad administrativa -salvo las Asambleas y Concejos en la materia relativa a las formas de selección del contratista- no pueden establecer normas de procedimiento, habida cuenta que esto es del resorte del legislador, además que no puede pensarse que cuando la disposición en cita habla de "procedimientos", se está refiriendo a los procedimientos internos de que trata el artículo 32 del C.C.A., en cuyo caso el reglamento debe ser sometido a la revisión y aprobación de la Procuraduría General de la Nación, pues esta norma es clara en cuanto excluye de dichos reglamentos a los procedimientos especiales señalados por las leyes, y como ya se dijo, la materia de la contratación está reservada a la ley (C.P., art. 150, inc. codificado después del num. 23).

6. Estatuye el artículo 37 del Decreto 2150 de 1992:

"Informe evaluativo. El informe evaluativo que se presente al Superintendente del Subsidio Familiar deberá contener:

1. Descripción sucinta de los hechos materia de la investigación.

2. Análisis de los cargos, de los descargos y de las pruebas en que se funde o desvirtúe la responsabilidad de los investigados."

Sobre el particular estima la Sala que no es procedente el decreto de suspensión provisional, dado que el artículo 29 de la Constitución Nacional que garantiza el debido proceso para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y el cual se traduce en la posibilidad que debe tener el investigado para conocer los hechos que son objeto de investiga-

ción; los cargos que se endilgan; poder presentar descargos y allegar pruebas que permitan desvirtuar su responsabilidad, es lo que precisamente propende el informe evaluativo a que se contrae el texto del artículo 37 citado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1º. *Admítese* la demanda presentada por el ciudadano Víctor Obdulio Benavides Ladino, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra los artículos 1º, 3º, 7º numerales 1 a 16, 18 a 23 y 25; y 37 del Decreto 2150 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Superintendencia del Subsidio Familiar.

2º. *Notifíquese* personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación.

3º. *Notifíquese* personalmente con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social y al señor Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

4º. *Fíjese* el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C.C.A.

5º. *Deposite* el actor en la Secretaría de la Sección la suma de dos mil pesos ($2.000), para atender los gastos ordinarios del proceso.

6º. *Solicítese* a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, el envío de los antecedentes administrativos.

7º. *Decrétase* la suspensión provisional del numeral 11 del artículo 7º del Decreto 2152 de 1992 por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

8º. *Deniégase* la suspensión provisional de las demás disposiciones acusadas.

Se deja Constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de marzo de mil novecientos noventa y tres.

SECCION PRIMERA

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

FISCAL GENERAL DE LA NACION / DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia

Mientras los preceptos superiores señalan como función especial, singular o privativa del Fiscal General de la Nación la de investigar, calificar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución, la Resolución demandada en su artículo 1º al consagrar que tal función, respecto de dichos funcionarios con fuero constitucional, es delegada por el Fiscal General de la Nación en la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, desconoce el carácter privativo o exclusivo, y, por tanto, no delegable, de dicha función a cargo del Fiscal General de la Nación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 5 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 2284.

Acción: Nulidad.

Actor: Héctor Pablo Ramírez Sandoval.

El ciudadano Héctor Pablo Ramírez Sandoval, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 1º y 6º de la Resolución 0-00099 de 30 de julio de 1992 "por medio de la cual se delegan unas funciones", expedida por el Fiscal General de la Nación.

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.

SECCION PRIMERA

II. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1 Fue sustentada en un acápite especial del escrito de la demanda, y circunscrita al artículo 1º, de la siguiente manera:

La comparación del artículo 1º del acto acusado con las normas citadas como violadas, hace evidente el carácter manifiesto de la violación, así:

El artículo 1º acusado, dispone:

"Delégase en la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia la Investigación, calificación y acusación de los funcionarios a que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo 121 del Decreto 2700 de 1991, excepción hecha de los Fiscales miembros de esa Unidad.

La Delegación envuelve la función de actuar en la etapa del juicio ante la Sala Penal de la Corte y la de las demás funciones inherentes a su calidad de sujeto procesal."

El artículo 235 de la Constitución Nacional, ordena:

"Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

1. ...

2. ...

3. ...

4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen."

El artículo 251 de la Carta, en desarrollo del precepto anteriormente transcrito, dispone:

"Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

Y el artículo 121 del Decreto-ley 2700 de 1991 (C. de P. P.), estatuye:

"Fiscal General de la Nación. Corresponde al Fiscal General de la Nación:

1. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución."

Por su parte, el artículo 22 del Decreto-ley 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, en desarrollo de los preceptos constitucionales transcritos, reza:

"El Fiscal General de la Nación tendrá la representación de la entidad frente a las autoridades del Poder Público así como frente a los particulares y cumplirá las siguientes funciones:

1. ...

2. ...

3. ...

4. ...

5. Asumir las investigaciones y acusaciones que ordena la Constitución y aquellas que en razón de su naturaleza, ameriten su atención personal... ."

Las normas transcritas son de meridiana claridad al establecer el fuero para el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, y las demás, que desarrollan el enunciado del fuero, en asignar la instrucción de esos procesos en forma personal al señor Fiscal General de la Nación. La resolución acusada en su artículo 1º, al delegar en la Unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia la investigación, calificación y acusación de los funcionarios aforados, es violatoria de los artículos 235 numeral 4º y 251 numeral 1º de la Constitución Nacional; 121 numeral 1º del C. de P. P. y del 22 numeral 5º del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

II.2 *Consideraciones de la Sala*

Al confrontar el texto de los artículos 251 numeral 1º de la Constitución Nacional, 121 ordinal 1º del Decreto-ley 2700 de 1991 (C. de P. P.) y 22 numeral 5º del Decreto-ley 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la

Fiscalía General) con el artículo 1º de la Resolución demandada la Sala advierte sin mucho esfuerzo que éste contradice en forma notoria a aquéllos, por lo siguiente: Mientras los preceptos superiores señalan como función especial, singular o privativa del Fiscal General de la Nación la de investigar, calificar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución, esto es, a los que señala el artículo 235 numeral 4º de la misma como juzgables por la Corte Suprema de Justicia: Ministros de Despacho, Procurador General, Defensor del Pueblo, Agentes del Ministerio Público ante la Corte, Consejo de Estado y Tribunales; los Directores de Departamentos Administrativos, Contralor General de la República, Embajadores y Jefes de Misión Diplomática o Consular, Gobernadores, Magistrados de Tribunales, Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen; la Resolución demandada en su artículo 1º al consagrar que tal función, respecto de dichos funcionarios con fuero constitucional, es delegada por el Fiscal General de la Nación en la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, desconoce el carácter privativo o exclusivo, y, por tanto, no delegable, de dicha función a cargo del Fiscal General de la Nación.

Por lo anterior, se dispondrá la suspensión provisional del artículo 1º de la Resolución 0-00099 de 30 de julio de 1992, expedida por el Fiscal General de la Nación, en cuanto se refiere al numeral 1º del artículo 121 del Decreto 2700 de 1991.

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

RESUELVE:

1. Por ajustarse a las formalidades legales, admítese la demanda presentada por el ciudadano Héctor Pablo Ramírez Sandoval, en su propio nombre. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Fiscal General de la Nación. 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 Fiscal General de la Nación 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 el demandante la suma de dos mil pesos ($2.000) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al regreso del expediente a la Secretaría.

II. Tiénese como demandante al ciudadano Héctor Pablo Ramírez Sandoval y como demandada a la Fiscalía General de la Nación.

III. Decrétase la suspensión provisional del artículo 1º de la Resolución 0-00099 de 30 de julio de 1992, emanada de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto se refiere al numeral 1º del artículo 121 del Decreto 2700 de 1991.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la Sesión del día 4 de marzo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Nota de Relatoría: Este auto fue revocado en providencia de 9 de junio de 1993

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 Industria, 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 Nulidad** ***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. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 2182.

Acción: Nulidad.

Actora: Asociación Club Canino Colombiano.

La Asociación Club Canino Colombiano, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 85 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Jurisdicción para que mediante sentencia se declare la nulidad de los artículos 1º y 6º del Decreto 1545 de 22 junio de 1953

"sobre modalidades de registros genealógicos de ganados, y exposiciones pecuarias", expedido por el Gobierno Nacional.

I. *CAUSA PETENDI*

I.1 Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 12, 20, 44, 55, 76 numeral 1º y 120 numeral 3º de la Constitución de 1886; 6º, 14, 16, 38, 113, 121, 123 inciso 3º, 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.

I.2 Para fundamentar los cargos de violación se aduce en la demanda lo siguiente:

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 (art. 13) y reglamentar lo relativo a la defensa y sanidad agropecuaria, estas últimas de obligatorio cumplimiento "bajo multas" (art. 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 *ibidem* 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 de la de regular en detalle la forma como el Gobierno Nacional, por medio 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 *ibidem* 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 aquéllos. 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.

II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista, alegaciones y concepto fiscal.

En el auto admisorio de la demanda de 10 de noviembre de 1992, se decretó la suspensión provisional de los artículos 1º y 6º acusados del Decreto 1545 de 22 de junio de 1953, por considerar la Sala que contrarían abiertamente los artículos 13 de la Ley 74 de 1926, 44, 20 y 120 ordinal 3º, de la Constitución de 1886.

II.1 *La contestación de la demanda*

El Ministerio de Agricultura se hizo parte en el proceso y por medio de apoderado contestó la demanda, aduciendo, principalmente, lo siguiente:

Con la expedición del Decreto acusado el Gobierno Nacional no perseguía otra cosa que buscar el mejoramiento de la pureza de las diferentes razas de ganado, para lo cual se apoyó en las asociaciones de criadores de razas puras en las cuales residía el mayor interés para el cumplimiento de dicha finalidad, contaban con la estructura y experiencia suficiente a fin de llevar los libros genealógicos de las razas respectivas y expedir los certificados correspondientes, actividades ajenas al ejercicio de la función pública y a las connotaciones administrativas, pues, la expedición de registros genealógicos y la conformación de los libros genealógicos son aspectos técnicos que sólo operan con la actividad desarrollada por el criador de la raza respectiva y las asociaciones especializadas que hacen posible el desarrollo de dicha actividad.

El artículo 1º del Decreto enjuiciado autorizó a las asociaciones de criadores de raza para llevar los libros genealógicos de las razas respectivas y para que expidieran los certificados correspondientes, dado que el Ministerio del ramo no contaba con la infraestructura adecuada.

Técnicamente, la autorización en una sola asociación especializada por raza pura no sólo es procedente sino de imperiosa necesidad, toda vez que para la supervisión, elaboración y expedición de los registros genealógicos de cualesquiera de las especies pecuarias se exige una

infraestructura acorde que sí poseen tales entes, argumento igualmente válido para el ejercicio del control y fiscalización de la procreación, gestación, nacimiento, identificación, filiación, inscripción de animales importados, otorgamiento de certificados de exportación, de identidad y de propiedad, así como garantizar el estado de los padres y sus crías a fin de evitar la diseminación de enfermedades genéticas e infecto contagiosas.

De otra parte, respecto de la figura de la delegación, la doctrina y la jurisprudencia se refiere a tres tipos de la misma: Delegación Legislativa, Interorgánica y entre entes públicos, relaciones administrativas que excluyen toda intervención en condición de delegatorio de un ente de carácter privado.

Por manera que no tienen ningún asidero las afirmaciones hechas en la demanda, ni la presunta violación de preceptos legales y constitucionales, en el sentido de que jamás se efectuó delegación alguna por parte del Gobierno Nacional en las asociaciones de criadores de razas puras para llevar libros genealógicos de la raza respectiva y expedir los certificados correspondientes, sino que, simplemente, como bien se expresa en el primer considerando del Decreto 1545 de 1953, la finalidad perseguida se dirigía a la utilización de los servicios de las asociaciones de razas constituidas legalmente o que llegaren a constituirse para llevar los libros genealógicos de la respectiva raza, absolutamente viable por inspirarse, además dicho Estatuto, entre otras disposiciones, en el artículo 37 de la Ley 74 de 1926.

Cuando el artículo 2º del Decreto 1545 acusado ordena que "las asociaciones de razas deberán adaptar sus estatutos en forma que en su Junta Directiva tenga un representante el Ministerio de Agricultura" no estaba trasladando su competencia sobre la materia, sino que se prevalía de los servicios de las asociaciones de raza para cumplir cabalmente con sus cometidos, para llevar los libros genealógicos y expedir los certificados correspondientes.

Teleológicamente el acto demandado al regular la materia de registros genealógicos y exposiciones pecuarias en el registro de los libros genealógicos y expedición de certificados está limitando el número de asociaciones de criadores de razas puras, pero el derecho de asociación, entendido como la posibilidad de asociarse y obtener el reconocimiento de personería jurídica, jamás se conculca toda vez que el Ministerio le otorga a quienes la solicitan y cumplen con los requisitos exigidos en el Decreto 829 de 6 de abril de 1984.

II.2 Tanto la parte actora como la parte demandada alegaron de conclusión, reiterando los planteamientos formulados en el libelo demandatorio y en la contestación de la demanda.

II.3 *Concepto Fiscal*

En su vista de fondo la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado manifestó, en síntesis, lo siguiente:

Al confrontar las normas acusadas con el artículo 37 de la Ley 74 de 1926 fluye con claridad la veracidad de los cargos de ilegalidad planteadas en la demanda en el sentido de que el Gobierno no podía delegar en las asociaciones de criadores de razas puras la función de llevar los libros genealógicos de la raza respectiva y que, igualmente, no se podía consagrar una limitación a la libertad de asociación al estipularse que no podía funcionar para cada raza más de una asociación colombiana con personería jurídica.

Con relación al primer cargo, el contenido del artículo 13 de la Ley 74 de 1926 resulta claro al consagrar como atribución taxativa "El Gobierno abrirá y llevará en el Ministerio de Industrias, un libro de genealogías...", dado que se trata de una función impuesta por el legislador al Gobierno para ejercerla por medio del Ministerio de Industrias, hoy Ministerio de Agricultura, atribución clara y específica que no puede ser desatendida so pretexto de ejercerse la potestad reglamentaria.

Tanto en el anterior ordenamiento constitucional como en el nuevo -art. 211- la ley determina cuáles competencias son delegables, por lo cual el contenido del artículo 1º demandado constituye un claro desconocimiento de la Ley 74 de 1926, y cuando en el artículo 6º se establece que no podrá funcionar para cada raza más de una asociación colombiana con personería jurídica, se reglamenta sobre una materia completamente ajena a la contemplada en el artículo 37 de la Ley 74 de 1926, que sólo se ocupa de facultar al Gobierno para reglamentar lo relativo a la defensa y sanidad agropecuaria, razón por la cual se transgrede, además, el artículo 44 de la antigua Constitución.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las razones expuestas en el auto que decretó la suspensión provisional de los artículos 1º y 6º acusados del Decreto 1545 examinado, conservan plena virtualidad y sirven también de sustento para decretar su nulidad. Dijo la Sala al efecto.

"... El Decreto 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." (Destacados 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" (Destacados fuera de texto).

El artículo 37 *ibidem* 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 establezca el Gobierno, que no pasarán de quinientos ($500). Estas penas las impondrán, de acuerdo con los reglamentos, los Gobernadores o el Ministro de Industrias" (Destacados 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 -léase 74, corrige la Sala, 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..."

Debe pues, accederse a la nulidad deprecada.

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:

Decrétase la nulidad de los artículos 1º y 6º del Decreto 1545 de 22 de junio de 1953, expedido por el Gobierno Nacional.

Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso a su remanente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 11 de marzo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

USO DEL SUELO / AREA METROPOLITANA / JUNTA METROPOLITANA - Facultades / CONCEJO MUNICIPAL - Facultades

No se puede sostener válidamente, que mediante el artículo 313 de la actual Carta, en cuanto le señaló expresamente a los Concejos Municipales la competencia para reglamentar el uso del suelo, se le suprimió, por consiguiente, esa competencia que provenía de la ley a las Juntas Metropolitanas, pues es claro que los dos organismos la han tenido, aun cuando excluyéndose la de los Concejos Municipales, cuando las entidades territoriales respectivas se han organizado como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo la autoridad de un Area Metropolitana, pues es evidente que no pueden darse en esa materia, y en ninguna otra, competencias concurrentes.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2227.

Recurso de apelación contra la sentencia de octubre 19 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

Actor: Jorge Rodrigo Gómez Gómez.

Conoce la Sala del recurso de *apelación* interpuesto por la parte actora, contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, con fecha 19 de octubre de 1992, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda instaurada en orden a obtener la declaratoria de nulidad de los Acuerdos números 20 de 1990; 2, 5 y 23 de 1991, expedidos por la Junta Metropolitana de Pereira - Dosquebradas,

que establecen usos para el centro metropolitano de actividad múltiple, se suprimen unos usos en la Galería Central, para establecimientos de comercio destinados al expendio y consumo de bebidas alcohólicas, y se define un área de renovación urbana en la zona de influencia de la Galería Central.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

El *a quo* para denegar las pretensiones de la demanda, razonó, en síntesis, así:

Sea lo primero decir que de los Acuerdos acusados, números 20 de 1990; el 2, de marzo 8 de 1991 y el 5 de la misma fecha, fueron derogados expresa y tácitamente por el Acuerdo Metropolitano número 23 del 21 de noviembre de 1991, por el cual "se establecen unos usos para el Centro Metropolitano de Actividad Múltiple", que, por consiguiente, es el único vigente.

El demandante, en la corrección de la demanda, solamente se refirió en forma superficial a la violación de los artículos 333 y 336 de la Constitución Nacional, "porque el espíritu de los Acuerdos Metropolitanos números 23, 2 y 5 de 1991 y el número 20 de 1990, buscan simplemente el desarrollo comercial y económico del proyecto Mercasa, pues así está planteado en la redacción de dichos acuerdos".

En la demanda se expresó "que el Acuerdo número 23 de 1991 está violando la Constitución en su artículo 313, numeral 7; 336, Ley 9ª de 1989, artículos 1º, 2º, 39, 40, 77 Decreto 2400 de 1989, artículos 1º, 2º...".

No se dio el concepto de violación de las normas citadas.

Nos referiremos a las normas presuntamente violadas como un ejercicio intelectual y por lo novedoso del tema, mas no porque el actor haya sustentado el concepto de violación de ellas.

El artículo 313, numeral 7º, de la actual Constitución, preceptúa: "Corresponde a los Concejos: ... 7. Reglamentar los usos del suelo y dentro de los límites que fije la ley, vigilar y contratar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda".

Esta facultad de origen constitucional debe ser interpretada en el sentido de corresponder a una competencia o regla general para la mayoría de los municipios que pertenecen a un Area Metropolitana. ¿Qué

sucede cuando uno o varios municipios que hacen parte de un Area Metropolitana necesitan reglamentar el uso del suelo urbano?

La respuesta se encuentra en el Título XVII -De las Areas Metropolitanas-, artículo 354 del Código de Régimen Municipal, que dice: "Corresponde a la Junta Metropolitana por medio de acuerdos metropolitanos, cumplir las siguientes funciones: ...a) Formular y adoptar el plan integral de desarrollo para el Area Metropolitana y el correspondiente programa de inversiones sectoriales, y determinar los instrumentos necesarios para su ejecución y cumplimiento, en concordancia con las políticas y estrategias de desarrollo de carácter nacional y departamental; ...c) Expedir la reglamentación de los usos del suelo urbano 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...".

A su vez, la Ley 9ª de 1989 -De la Planificación del Desarrollo Municipal-, artículo 1º, inciso segundo, dice: ... 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 del desarrollo urbano regional".

El inciso cuarto de la norma citada expresa: "En las Areas Metropolitanas el Plan de Desarrollo o Plan de Desarrollo Simplificado expedido por la Junta Metropolitana *prevalecerá sobre los planes que adoptaren los municipios que integran el Area en materias que son competencia de las respectivas Areas.*

Artículo 351 C. R. M.: "Los acuerdos y decretos metropolitanos serán obligatorios para las autoridades municipales del Area *y no podrán, en consecuencia,* ser desconocidos mediante actos administrativos de los Concejos y Alcaldes de los Municipios que la conforman".

El artículo 319 de la Constitución vigente dispone:

"Cuando dos o más municipios tengan relaciones económicas, sociales y físicas, que den al conjunto características de un área metropolitana, podrán organizarse como entidad administrativa *encargada de 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...".

SECCION PRIMERA

El Acuerdo Metropolitano número 23 de noviembre 21 de 1991 -acto acusado-, en su encabezamiento dice: "por medio del cual se establecen unos usos para el Centro Metropolitano de Actividad Múltiple". El respaldo legal del Acuerdo referido se encuentra en el artículo 354 del Decreto 1333 de 1986, numeral 1º, literales a), b), c), d) y en el artículo 1º de la Ley 2ª de 1991, y busca mejorar las condiciones del espacio público, más eficiencia de las vías, y a los peatones, e impedir el deterioro del sector debido al frecuente uso del mismo por el transporte pesado que requieren los comerciantes mayoristas.

En el Acuerdo mencionado el uso del suelo fue regulado solamente para los comerciantes mayoristas, estableciendo claramente los criterios aplicables a los usos restringidos, buscando el desarrollo urbano general de la ciudad, teniendo en cuenta los estudios que necesariamente tienen que ver con hechos sociales, económicos y humanos.

Visto lo anterior, se concluye que el acto acusado tiene su apoyo en la Constitución y la ley.

Los artículos 39, 40 y 77 de la Ley 9ª de 1989, que se dice fueron violados, hacen referencia a los planes de renovación urbana, protección de los moradores y a la posibilidad de los municipios de asociarse con otras entidades públicas y con los particulares, para desarrollar áreas no desarrolladas previstas en el Plan de Desarrollo. Como de ellas no se dio el concepto de violación, la Sala no se ocupará de su estudio.

En cuanto a los artículos 1º y 21 de la misma Ley 9ª, tampoco aparece el concepto de su violación. Y, por lo que toca a los artículos 1º y 21 del Decreto 2400 de 1989, refieren estas disposiciones que los planes de desarrollo contendrán, además de lo ordenado en los artículos 1º y 21 de la Ley 9ª de 1989, aquéllas, que normas especiales establezcan como de obligatoria observancia.

En síntesis, concluye el *a quo,* que los Concejos Municipales tienen competencia para reglamentar los usos del suelo, salvo que el municipio o municipios respectivos pertenezcan a un área Metropolitana, caso en el cual aquélla corresponde a la Junta del Area Metropolitana, según las disposiciones indicadas y pretranscritas, sin que con ello, por otra parte, se quebrante el derecho a la libre empresa o iniciativa privada, ni a la libre competencia (art. 33 de la Cons.).

Por último, observa el Tribunal que en lo referente a la obligación de presentar los proyectos de Acuerdo dentro de los 10 primeros días del mes

de noviembre, es válido para los Concejos Municipales, pero no para las Juntas Metropolitanas que se reúnen por lo menos una vez al mes (art. 355 Dec. 1333 de 1986).

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El accionante-impugnador, al sustentar el recurso de apelación interpuesto y concedido, considera que el argumento expuesto por el juez de primera instancia, relativo a que la competencia atinente a la reglamentación de los usos del suelo la tienen, por lo general, los Concejos Municipales, salvo que el municipio o municipios respectivos formen parte de un Area Metropolitana, no es válido. Que ello es cierto, cuando se trata de otras materias.

Que en cuanto hace al mandato constitucional contenido en el artículo 319, esa disposición dejó vigentes las funciones de las Areas Metropolitanas, pero circunscritas a otras actividades distintas de las de reglamentar el uso del suelo, ya que dichas facultades las tenía por medio de una ley reglamentaria que le fueron suprimidas por un mandato constitucional al entregárselas expresamente a los Concejos Municipales, y que la Constitución "es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente". Por todo ello, concluye que el acto acusado violó una norma superior de derecho, razón por la cual debe anularse por mandato del artículo 84 del C.C.A., previa revocatoria de la sentencia recurrida.

ALEGATOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado para alegar, concedido en la segunda instancia, solamente lo utilizó la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación, quien solicitó la confirmación de la sentencia apelada, por considerar que "si bien es cierto que la Constitución Nacional dentro de su Título XI, Capítulo 3º que trata del Régimen Municipal, en el numeral 7º del artículo 313 señala como función de los Concejos Municipales, la de reglamentar los usos del suelo, no es menos cierto que más adelante en su artículo 319 consagra el régimen de las Areas Metropolitanas y se refiere a ellas considerándolas como entidades administrativas encargadas de coordinar y programar el desarrollo armónico e integrado *de sus propios territorios* mediante un régimen administrativo y fiscal de carácter especial".

Que ese Despacho considera, entonces, que dentro del contexto del artículo 319 precitado se encuentra implícita la función de las Juntas de

las Areas Metropolitanas, como lo sostiene el *a quo*, para reglamentar el uso del suelo colocado bajo su autoridad, y que dicho artículo no hizo cosa diferente de la de introducir ajustes a la legislación anterior sobre Areas Metropolitanas, consagrando en efecto una competencia específica de las Juntas Metropolitanas respecto de aquellos municipios que conforman las Areas dichas. Y el artículo 313, numeral 7º, consagra la competencia respecto de los municipios que no conforman ninguna Area Metropolitana.

La decisión:

PARA DECIDIR, SE CONSIDERA:

El aspecto jurídico a dilucidar es el relativo a la competencia de las Juntas Metropolitanas para reglamentar el uso del suelo, ante el hecho de que dicha competencia se la concede expresamente el artículo 313 del actual ordenamiento constitucional a los Concejos Municipales, pero sin que se haga claridad en esa norma o en alguna otra sobre si ella la tienen mientras no se trate de municipios que se hayan organizado como Area Metropolitana, es decir, según los términos de la misma Carta (art. 319), como entidad administrativa encargada de 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.

Para la Sala es incuestionable que la susodicha competencia para reglamentar el uso del suelo en el territorio colocado bajo la jurisdicción o autoridad de un Area Metropolitana, sigue siendo, según lo prescrito en el artículo 354, literales a) y c), del Decreto-ley 1333 de 1986 (C. de R. M.), en armonía con el artículo 319 de la actual Constitución, de las Juntas Metropolitanas, por las siguientes consideraciones:

a) La reglamentación del uso del suelo en poblaciones de menos o más de 100.000 habitantes, según lo dispuesto tanto en el Decreto-ley 1333 (C. de R. M.), como en la Ley 9ª de 1989 sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compraventa y Expropiación de Bienes (Ley de Reforma Urbana), que modificó algunos de los artículos de aquélla sobre el particular, ha correspondido a los Concejos Municipales, y, por excepción a las Juntas Metropolitanas cuando dos o más municipios de un mismo departamento, cuyas relaciones den al conjunto las características de un área metropolitana, la ley las organice como tales, bajo autoridades y régimen especiales, como lo preceptuaba el artículo 198 de la Consti-

tución anterior, o cuando dos o más municipios tengan relaciones económicas, sociales y físicas, y que den al conjunto características de un área metropolitana, y se organicen como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad, etc., como lo prescribe el artículo 319 de la Constitución de 1991.

De manera, que no se puede sostener válidamente, como lo expresa el accionante-recurrente que mediante el artículo 313 de la actual Carta, en cuanto le señaló expresamente a los Concejos Municipales la competencia para reglamentar el uso del suelo, se le suprimió, por consiguiente, esa competencia que provenía de la ley, a las Juntas Metropolitanas, pues es claro, como se ha dicho, que los dos organismos la han tenido, aun cuando excluyéndose la de los Concejos Municipales, como lo expresa el a quo, cuando las entidades territoriales respectivas se han organizado como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo la autoridad de un Area Metropolitana, pues es evidente que no pueden darse en esa materia, y en ninguna otra, competencias concurrentes;

b) Tampoco es admisible el argumento de que las funciones de las Juntas Metropolitanas, quedaron circunscritas a otras actividades distintas de las de reglamentar el uso del suelo, tales como las relativas a la racionalización de la prestación de los servicios públicos a cargo de quienes integran el Area Metropolitana y, si es el caso, prestar en común algunos de ellos, y ejecutar obras de interés metropolitano, por cuanto aquélla provenía de una ley que le fue suprimida por mandato de la nueva Carta Política. Y, no lo es, por cuanto, como ya se dijo, esa facultad o competencia la tuvieron tanto Concejos Municipales como Juntas Metropolitanas en la vigencia del ordenamiento constitucional anterior, y la conservan las últimas no obstante lo dispuesto en el artículo 313-17 de la Constitución Nacional, en razón de que no sería posible concebir a una entidad encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado *del territorio colocado bajo su autoridad* -terminología que no se encontraba en el artículo 198 de la Constitución de 1886-, como reza el artículo 319 de la actual sin la competencia o facultad de reglamentar el uso de la tierra de los diferentes municipios que integran el Area Metropolitana.

Obsérvese por otra parte que mientras el indicado artículo 198 de la Carta de 1886 expresaba que "*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 ...", el artículo 319 de la actual Constitución no se refiere exclusivamente a la administración o prestación de servicios públicos, sino que antecede, a esa actividad administrativa, la función del ente que se organice de "programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad...", lo cual, ineluctablemente, determina que se encuentre implícita la función de reglamentar el uso del suelo para el logro de esos objetivos.

Por lo dicho, debe concluirse que el recurso de apelación no está llamado a prosperar, y, como consecuencia de ello, habrá de confirmarse la sentencia recurrida por estar ajustada a la ley.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, con fecha 19 de octubre de 1992, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda instaurada por el ciudadano Jorge Rodrigo Gómez Gómez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CIRCULAR EXTERNA / INTERPRETACION DE LA LEY / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Facultades

Mediante una Circular Externa, Instrucción de Servicio o Directiva, como también se le conoce en la jurisprudencia y en la doctrina, que son "las indicaciones que los superiores jerárquicos dan a los funcionarios que le están subordinados -nunca a otras autoridades no subalternas de aquéllos-, sobre la manera como deben actuar en los casos concretos", o directivas acerca de la actividad administrativa a realizar, que por lo general se refieren a cuestiones de detalle y de carácter práctico, no es posible jurídicamente, según lo prescrito en el artículo 25 del C.C., conforme al cual la "interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador", que la haga una autoridad administrativa.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 11 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2299.

Acción en relación con la Circular Externa número 009 de 28 de diciembre de 1992, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

Actor: Jesús María Carrillo B.

El ciudadano Jesús María Carrillo B., en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., promueve demanda ante esta Corporación contra la Nación - Ministerio de Salud, Superintendencia Nacional de Salud, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de la totalidad de la Circular Externa número 009 de 28 de diciembre de 1992, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

SECCION PRIMERA

Como la demanda reúne los requisitos de ley, se admitirá en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL

El accionante solicita el decreto de suspensión provisional del acto administrativo acusado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La circular 009, con fundamento en el artículo 7º, literal h), del Decreto 1472 de 1990, que faculta a la Superintendencia para "dirigir y evaluar las actividades de inspección, vigilancia y control...", optó por fijar "lo que en adelante será el criterio sobre interpretación del Decreto 971 de 1990 por el cual se reglamentan los sorteos extraordinarios de loterías".

Ni el Decreto 1472/90, como lo advirtió la Corte en sentencia del 29 de noviembre de 1991, ni el Decreto 2165/92, facultan a la Superintendencia para aprobar o improbar planes de premios, y en todo caso el artículo 25 del Código Civil dice quién puede interpretar por vía general.

En consecuencia, la circular viola directamente normas precisas en forma evidente, por lo cual procede la suspensión provisional.

La decisión:

PARA DECIDIR, SE CONSIDERA:

Por medio de la Circular Externa demandada, dirigida por el Superintendente Nacional de salud a los "Gerentes de Loterías Beneficencias que administran loterías y sorteos extraordinarios", dictada en "uso de sus facultades legales y en especial la que le confiere el literal h) del artículo 7º del Decreto 1472 de 1990", que se refiere a la de "Dirigir y evaluar las actividades de inspección, vigilancia y control sobre la explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar", y teniendo en cuenta que "se han dado diversas interpretaciones al Decreto 971 de 1991 por parte de las asociaciones que explotan los derechos de las loterías a jugar sorteos extraordinarios, se permite fijar, a continuación, lo que en adelante será *el criterio sobre interpretación del Decreto 971 de 1990...*" (se destaca).

Y, ciertamente como lo observa el accionante, mediante una circular externa, Instrucción de Servicio o Directiva, como también se le conoce

en la jurisprudencia y en la doctrina, que son "las indicaciones que los superiores jerárquicos dan a los funcionarios que le están subordinados -nunca a otras autoridades no subalternas de aquéllos, observa la Sala-, sobre la manera como deben actuar en los casos concretos, o directivas acerca de la actividad administrativa a realizar, que por lo general se refieren a cuestiones de detalle y de carácter práctico", como lo expresa *Sayaguez Laso*, en su obra "Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, página 149", no es posible jurídicamente, según lo prescrito en el artículo 25 del C.C., conforme al cual la "interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador", lo que es desarrollo del artículo 150-1 de la Constitución Política igual al artículo 76-1 de la Constitución de 1886, que la haga una autoridad administrativa.

Por esa sola consideración, y sin entrar, por consiguiente, en la confrontación del acto acusado con lo dispuesto en los Decretos 1471 de 1990 y 2165 de 1992, también invocados por la parte actora como quebrantados, para determinar si la Superintendencia Nacional de Salud estaba o no facultada para proceder en la forma como lo hizo, la Sala habrá de proferir decreto de suspensión provisional del acto enjuiciado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

Admitir la demanda promovida por el ciudadano Jesús María Carrillo B., en orden a obtener la declaratoria de nulidad de la totalidad de la circular externa de la referencia, y tener como parte demandada a la Nación - Ministerio de Salud, Superintendencia Nacional de Salud, representada por el señor Superintendente Nacional de Salud.

En consecuencia se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia a la señora Procuradora Delegada en lo Contencioso ante esta Sección de la Corporación.

2. Notifíquese personalmente esta providencia al señor Superintendente Nacional de Salud, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos.

3. Deposite el demandante, en la Secretaría de la Sección, la suma de dos mil pesos ($2.000), para gastos del proceso, dentro del término de ocho (8) días, siguientes a la ejecutoria de este proveído.

4. Solicítese a la Secretaría de la Superintendencia Nacional de Salud, la remisión de los antecedentes administrativos. Término diez (10) días.

5. Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C.C.A.

6. *Decrétase la suspensión provisional* de la Circular Externa 009 de 28 de diciembre de 1992, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Superintendencia Nacional de Salud, y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

HOMEOPATIA / EDUCACION SUPERIOR / ICFES - Facultades

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 el posgrado 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, por medio 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.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2154.

Autoridades Nacionales.

Actora: Asociación de Homeópatas Profesionales Colombianos, Ashoprocol.

Le corresponde a la Sala decidir respecto de la acción de Nulidad contra el artículo 1º del Acuerdo 050 del 24 de marzo de 1980, expedido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, propuesta por la Asociación de Homeópatas Profesionales Colombianos, Ashoprocol, mediante apoderado judicial.

PETICIONES

El actor en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo formula al Consejo de Estado la siguiente petición:

SECCION PRIMERA

"Que se declare la nulidad de la expresión o frase: 'Siempre y cuando los aspirantes a ellos tengan como requisito mínimo indispensable el título profesional en medicina y cirugía', consignada en el artículo 1º del Acuerdo número 050 del 24 de marzo de 1980, proferido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, por cuanto dicha frase infringe dostensiblemente (sic) la Ley 14 de 1962, precepto en que se fundamenta, entre otros aspectos el acto administrativo cuestionado."

HECHOS

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

El libelista hace una relación de normas que desde 1905 han reglamentado la profesión de la medicina, mediante las cuales se reconoce el ejercicio de la medicina por el sistema homeopático, así:

La Ley 12 de 1962 y el Decreto 592 de 1905 que reglamentan el ejercicio de la medicina.

La Ley 83 de 1914, que faculta para ejercer la homeopatía a quienes hubiesen obtenido el diploma correspondiente del Instituto Homeopático de Colombia, o a quienes careciendo del Diploma, hubiesen ejercido durante cinco años. El título se otorga a quienes hayan cursado primer año de medicina y aprobado ciertas materias.

Las Leyes 67 de 1920; 85 de 1922 y 35 de 1929, que contienen disposiciones similares a las de la Ley 83 de 1914.

El Decreto 986 de 1932, por el que se reconoce la calidad de homeópatas a nacionales o extranjeros bajo ciertas condiciones.

La Ley 67 de 1935, mediante la cual se reglamenta la expedición de licencias para ejercer la homeopatía a quienes obtuvieron título en facultad o institución debidamente aprobada. El Decreto 2736 de 1936, reglamentario de la citada ley, hace alusión a la revalidación de títulos y licencias ante la Junta Central de Títulos Médicos.

La Ley 14 de 1962, que contiene normas relacionadas con el ejercicio de la Medicina y la Cirugía, según la cual los homeópatas con licencia o permiso legalmente adquiridos, podrán seguir practicando la medicina.

El Decreto 605 de 1963 reglamentario de la Ley 14 de 1962 que hace mención al cumplimiento de los procedimientos homeopáticos a los

cuales deben ceñirse los homeópatas, siendo ilegal la utilización de los procedimientos alopáticos.

Finalmente, la Resolución 005078 del 30 de junio de 1992, expedida por el Ministerio de Salud, que habla de terapéuticas alternativas definiéndolas, según el actor, como "El conjunto de procedimientos terapéuticos derivados de las diversas culturas médicas existentes en el mundo, empleados para la prevención, tratamiento, rehabilitación y explicación de las enfermedades".

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION

En el libelo se citan como violados los artículos 30 de la Constitución Política de 1886, y 58 de la actual Constitución Nacional.

Señala el accionante que la Ley 14 de 1962, 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", llegando a la conclusión que para ejercer la medicina por el sistema homeopático no se requiere ser médico titulado, sino que basta con la licencia o permiso para ejercerla.

Por tanto, argumenta, que el artículo 1º del Acuerdo 050 de marzo 24 de 1980, está desconociendo un derecho adquirido al exigir el título profesional en medicina y cirugía, para el funcionamiento de programas de homeopatía, ya que si la ley faculta para ejercer la medicina a través del sistema homeopático, faculta para profundizar estudios de homeopatía.

RAZONES DE LA DEFENSA

El Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, se opone a las pretensiones del actor por medio de su apoderada, por considerar que el acto acusado ha sido expedido de acuerdo con el ordenamiento jurídico al que está sometido y que no vulnera derechos adquiridos.

SECCION PRIMERA

Aduce que el Acuerdo acusado ya ha sido declarado con anterioridad ajustado a la ley y a la Constitución, por sentencias del honorable Consejo de Estado el 24 de mayo de 1985 y 8 de noviembre de 1989 en las que se consideró que el acuerdo acusado no transgrede "los principios cardinales de la Educación Superior plasmados en el título primero del Decreto-ley 80 de 1980, por cuanto el mencionado Acuerdo es acorde con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley 14 de 1962, en donde se concluye que a partir de la expedición de la mencionada ley la homeopatía no se puede ejercer en Colombia sino por profesionales médicos, de consiguiente quien desee ejercer esta especialidad de la medicina deberá acreditar su calidad de tal con la certificación idónea, previo cumplimiento de los requisitos académicos, mas no con simples declaraciones de testigos referidas a la idoneidad del profesional". (Sent. del 24 de mayo de 1985).

Señala además el Consejo de Estado, que el mencionado Acuerdo 050 de 1980, no prohíbe la enseñanza de la Homeopatía sino que ofrece la posibilidad de hacer estudios de posgrado o especialización, por lo que no se ha transgredido la Ley 67 de 1935 artículo 11. Lo anterior, en desarrollo de los artículos 34, 35, 36 y 37 del Decreto-ley 80 de 1980.

La apoderada del ICFES después de analizar el Decreto-ley 80 de 1980 y su Decreto Reglamentario 3658 de 1981, llega a la conclusión de que para ingresar a un programa de formación avanzada se necesita acreditar título de formación universitaria o de tecnólogo especializado, relacionado con el programa al cual aspira, y que "los homeópatas titulados, licenciados y permitidos, sin título de médico o cirujano, por el ejercicio de la medicina por el sistema homeopático no tienen derecho adquirido a ingresar a un programa de formación avanzada o posgrado, sólo podrán hacerlo si demuestran el título de médico y cirujano".

CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Primera ante el Consejo de Estado estima:

"No tiene piso el argumento central de la demanda relativo al desconocimiento de los derechos adquiridos de los homeópatas titulados, licenciados o permitidos, puesto que el acuerdo enjuiciado no contraría en lo más mínimo su derecho a continuar ejerciendo su profesión en los términos del parágrafo 2º de la Ley 14 de 1962. Por esta razón no hay lugar al pronunciamiento que pretende la parte actora."

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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 profesional en Medicina y Cirugía... .*"

La frase destacada por la Sala es la que se demanda en nulidad, porque según el actor, mediante ella se impide a los homeópatas titulados no profesionales en Medicina y Cirugía, a los simplemente licenciados o permitidos, el ejercicio del derecho a profundizar sus conocimientos en homeopatía mediante programas avanzados en el ramo, desconociéndoles un derecho adquirido con justo título al amparo de las leyes anteriores, "porque es obvio, que si la ley faculta a los homeópatas permitidos para ejercer la medicina por el sistema homeopático, implícitamente, los faculta para que profundicen en sus estudios de homeopatía, por ello todo homeópata que haya obtenido título como tal expedido por el instituto Homeopático Colombiano, puede sin ser Médico Cirujano, adelantar estudios de especialización en homeopatía, lo propio ocurre con las personas que sin haber obtenido el título de homeópatas en tal Instituto ya desaparecido estén ejerciendo la homeopatía como permitidos o licenciados, porque en tal caso el permiso del Ejecutivo suple o sustituye la formalidad académica del título".

Al respecto la sala se permite hacer las siguientes precisiones:

La Ley 14 de 1962, relativa al ejercicio de la medicina, en su artículo 1º dispone:

"Artículo 1º. 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."

En su artículo 2º, agrega:

"Artículo 2º. A partir de la vigencia de la presente ley sólo podrán ejercer la medicina y cirugía:

"a) Quienes hayan adquirido título de médico y cirujano expedido por alguna de las facultades o escuelas universitarias reconocidas por el Estado y que funcionen o hayan funcionado legalmente en el país;

"b) Los colombianos y los extranjeros que adquieran o hayan adquirido título de médico o cirujano en facultades o escuelas universitarias de países con los cuales Colombia tenga celebrados tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, en los términos de los respectivos tratados o convenios;

"c) Los colombianos graduados en el exterior con títulos de una Facultad o Escuela Universitaria de reconocida competencia, en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina. Cuando esta entidad conceptúe desfavorablemente respecto de la competencia de la facultad o Escuela universitaria otorgante del título, el interesado deberá aprobar un examen de idoneidad reglamentado por el Gobierno;

"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 universidades de reconocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina.

"Si el Gobierno estima que el número de médicos que ejercen en el país es suficiente para sus necesidades, deberá abstenerse de considerar nuevas solicitudes de los profesionales extranjeros contemplados en este literal."

En los parámetros 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 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."

De conformidad con lo anterior y tal como se observó en el auto que denegó la suspensión provisional, se tiene 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 quiénes 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 con 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 sólo 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 posgrado 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.

Sobre estos aspectos ya se ha pronunciado esta misma Sala en sentencia de 30 de abril de 1981 dentro del Expediente 3278 con ponencia del doctor Roberto Suárez Franco, en la que a manera de resumen estableció que la homeopatía no se puede ejercer en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 14 de 1962, sino por profesionales médicos, y que quien desee ejercer esta especialidad de la medicina deberá acreditar su calidad de tal con la certificación idónea, previo cumplimiento de los requisitos legales y académicos.

En lo que concierne al punto de los derechos adquiridos, se dijo en aquella oportunidad:

> "Por otra parte, con la vigencia de la ley, el legislador ha querido que las personas que ejerzan la medicina, cualquiera sea su especialidad, rama o sistema, sean profesionales titulados por centros académicamente idóneos debidamente aprobados por la autoridad competente del Estado. Pero como no podía extender los efectos de la ley a quien ya estuviese ejerciendo su profesión de homeópata según exigencias y requisitos establecidos por la legislación anterior, esto explica el ordenamiento del artículo 2º en sus dos parágrafos en los que el legislador es suficientemente respetuoso con relación a las situaciones individuales y concretas surgidas bajo la legislación anterior a la vigencia de la Ley 14 de 1962, tal como debe corresponder al principio de la irretroactividad, de que las normas jurídicas sólo deben producir efectos para el futuro, sin detrimento de los derechos adquiridos de buena fe bajo ley anterior."

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con la vista de la Procuradora Primera Delegada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Devuélvase a la parte actora el depósito hecho para gastos ordinarios del proceso por no haber sido utilizado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de marzo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PRESUPUESTO MUNICIPAL / ADICION PRESUPUESTAL - Improcedencia / TRANSFERENCIA DE CREDITOS - Improcedencia / SUSPENSION PROVISIONAL

Tanto en la época en que se produjo el acto objeto de la demanda, como ahora resulta aplicable, para los efectos que se buscan en el Acuerdo impugnado el ordenamiento según el cual no se podían, ni se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales, ni transferencias de créditos a objetos no previstos en el presupuesto, que para el caso de autos debe entenderse el correspondiente a la vigencia fiscal de 1992, el cual, efectivamente, no dedica rubro alguno a la Contraloría Municipal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2286.

Apelación Interlocutorios.

Actor: Alvaro Antonio Godín Morales.

Procedente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba, llega a la Corporación el proceso de la referencia a fin de que se surta el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 28 de octubre de 1992, proferido por ese Tribunal.

EL AUTO APELADO

En providencia del 28 de octubre de 1992, el Tribunal administrativo de Córdoba, al considerar que la demanda de nulidad contra el Acuerdo 01 de marzo 16 de 1992 expedido por el Concejo Municipal de San Andrés de Sotavento, reunía los requisitos legales de forma, resolvió admitirla.

Así mismo, al impetrarse en la demanda la suspensión provisional del acto acusado, resolvió igualmente decretarla en lo referente a los artículos 2º y 3º, "que crean la planta de personal de la Contraloría Municipal y facultan al Alcalde para contracreditar y adicionar el presupuesto de la actual vigencia, para fijar sus asignaciones y organizar dicha dependencia".

Dice el *a quo* que entre las disposiciones invocadas como violadas se citan los artículos 345 de la Constitución Política y 289. 2.3 (sic) del C. de R. M. Explica que el precepto constitucional prohíbe hacer gastos públicos que no hayan sido decretados por el Concejo, ni transferir créditos para objetos no previstos en el presupuesto y que la disposición legal faculta a los Concejos para crear las Contralorías sin cargar al tesoro obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para pago de servicios personales, precisando textualmente: "para estos efectos no se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales".

Concretamente, sobre el caso materia de la apelación, dice el Tribunal:

> "El acto acusado mediante el cual se crea la Contraloría del Municipio, en su artículo 2º establece la planta de personal de ella, el 3º faculta al Alcalde Municipal para efectuar los créditos, contracréditos y adiciones en el presupuesto de la actual vigencia, para fijar las asignaciones mensuales y partidas para organizar dicha entidad.
>
> "De otra parte, observado el presupuesto para la presente vigencia, Acuerdo 05 del 20 de noviembre de 1991, no aparece en él, decretado ningún gasto para funcionamiento u organización de la Contraloría.
>
> "De lo anterior se concluye que mientras el artículo 1º del acto acusado en cuanto crea la entidad Contraloría, es legal, el 2º y el 3º artículos que establecen los cargos y facultan al alcalde para modificaciones o adiciones presupuestales, a primera vista están violando las disposiciones comentadas (art. 345 C.P. y 389. 2.3 C. de R. M.), lo cual permite la procedencia de la medida cautelar respecto de las dos disposiciones contenidas en los artículos 2º y 3º del Acuerdo impugnado."

LA APELACION

El señor apoderado del Municipio de San Andrés de Sotavento, en memorial visible a folios 70, 71 y 72 del expediente, manifiesta que el

Concejo Municipal, en uso de funciones legales y constitucionales, creó la Contraloría de ese Municipio y que, con base en ese acuerdo, el Concejo eligió funcionarios; que como el acuerdo acusado no especificaba los cargos a proveer ni sus emolumentos, el Concejo dictó, en noviembre de 1992 el Acuerdo número 009 y el acuerdo número 008 que conforman el presupuesto para 1993 y los cargos, por agrupaciones y asignaciones para la Sección Contraloría.

De ello se desprende, dice el apelante, "que nos encontramos ante una típica sustracción de materia" que la hace consistir en la entrada en vigencia de los nuevos acuerdos. Cita en su ayuda una jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, la suspensión provisional es improcedente por sustracción de materia por "la pérdida de vigencia de la norma superior que violaba". Concluye afirmando que por esas razones, no tendría consecuencias jurídicas la declaración de nulidad de tal Acuerdo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Empieza la Sala por subrayar la imprecisión de la apelación interpuesta en el sentido de que no se señala si se está apelando de la admisión de la demanda o de la suspensión provisional decretada por el *a quo*. En parte alguna de su escrito se refiere el apoderado del Municipio de San Andrés de Sotavento a las medidas concretas tomadas por el Tribunal dedicando el híbrido alegato a sostener que los Acuerdos 008 y 009 de noviembre de 1992, los cuales, debe aclararse, no son los actos demandados, si fueron producidos según los ordenamientos legales.

Haciendo una interpretación de la sustentación, a fin de que el recurso tenga alguna viabilidad, observa la Sala que al citar el libelista una jurisprudencia del Consejo de Estado que hace alusión a la suspensión provisional se colige que es esta la medida que pretende impugnar el actor. La apelación de la admisión de la demanda sería de todas maneras improcedente, según clara prescripción del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo.

El único ataque que hace el apelante a la providencia recurrida consiste en que para él, "nos encontramos ante una típica sustracción de materia, porque al entrar en vigencia el Acuerdo número 008 y 009 de noviembre 20 de 1992 que conforman el presupuesto del Municipio de San Andrés, pierde total aplicabilidad la suspensión provisional del acto acusado".

La censura la fundamenta el recurrente en los siguientes términos:

"El Consejo de Estado sobre esta materia ha dicho: 'En tal aspecto, anota la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado (Secc. 4ª. Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp. 2121, auto de septiembre 8 de 1988) que la suspensión provisional es inprocedente (sic) por sustracción de materia cuando el acto acusado deja de estar vigente y por tanto no produce efectos jurídicos, siendo motivada *tal circunstancia* en el caso de autos, por la pérdida de vigencia *de la norma superior* que violaba, lo cual ciertamente debe ser así por cuanto en tal evento desaparece el fenómeno de la violación, por sustracción de materia que es fundamento de la misma demanda' "(fl. 71 cdno. ppal.).

Sin embargo, en el recurso se hace una equívoca interpretación de la jurisprudencia citada, pues cuando ella habla de pérdida de vigencia de la norma superior que el acto violaba, se refiere a la norma constitucional, ley o decreto a la cual debía someter sus disposiciones. Pero, en este caso concreto, tanto la norma constitucional (art. 345) como la legal (art. 289 del C. de R. M.), citadas como violadas, siguen vigentes.

Tanto en la época en que se produjo el acto objeto de la demanda, como ahora resulta aplicable, para los efectos que se buscan en el Acuerdo impugnado el ordenamiento según el cual no se podían, ni se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales, ni transferencias de créditos a objetos no previstos en el presupuesto, que para el caso de autos debe entenderse el correspondiènte a la vigencia fiscal de 1992, el cual, efectivamente, no dedica rubro alguno a la Contraloría Municipal. La circunstancia anotada por el apelante en cuanto a que en los Acuerdos 008 y 009 expedidos por el Concejo Municipal en noviembre de 1992 y que conforman el presupuesto para 1993, hayan sido producidos de conformidad con los artículos 345 de la Constitución Nacional y 289 incisos segundo y tercero del C. de R. M., no purgan en manera alguna la violación de dichas normas que se ocasionó con el acto demandado.

Por las razones anteriores encuentra la Sala acertada la decisión del *a quo* en cuanto suspendió provisionalmente los efectos del artículo 3º del Acuerdo acusado y por el cual se facultó "al Alcalde Municipal para que efectúe los créditos, contracréditos y adiciones necesarias para el presupuesto de la actual vigencia, fijar las asignaciones mensuales y partidas para organizar las dependencias de la Contraloría Municipal".

Las consideraciones anteriores no pueden hacerse extensivas al artículo 2º del Acuerdo acusado por cuanto la sala no encuentra que éste

viole en forma manifiesta y directa los artículos 345 de la Constitución Nacional y 289 del C. de R. M.

La norma impugnada se limita a designar la planta de personal de la Contraloría Municipal, para lo cual se encuentra facultado el Concejo Municipal precisamente por el artículo 289 del C. de R.M., donde se lee: "La determinación de las plantas de personal de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias, corresponde a los Concejos, a iniciativa de los respectivos Alcaldes".

"La creación, supresión y fusión de empleos de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías también corresponde a los Concejos."

Hasta el momento de hacer la designación cree la Sala que no se patentiza la ostensible, clara y bultosa violación de las normas citadas como infringidas, porque hasta ese momento no aparecen gastos que afecten el presupuesto de 1992.

Al respecto había que esperar si las designaciones de ese personal se hicieron y si la correspondiente remuneración se canceló con créditos, contracréditos y adiciones del presupuesto de la vigencia de 1992.

Las circunstancias anteriores impiden por ahora suspender los efectos del artículo 3º del Acuerdo 01 de 1992.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1º *Revocar* el auto recurrido en cuanto suspendió los efectos del artículo 2º del Acuerdo número 01 del 16 de marzo de 1992, expedido por el Concejo Municipal de San Andrés de Sotavento.

2º *Confirmar* el auto apelado en las demás decisiones.

Cópiese, notifíquese y en firme, vuelva el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de marzo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

JUNTA MUNICIPAL DE DEPORTES

El legislador al expedir la Ley 49 de 1983, en su artículo 14 previó la organización en cualquier municipio del país de las Juntas Municipales de Deportes sin excepción ni discriminación alguna. Es tan clara esta disposición que no admite interpretación ni consideraciones de ninguna índole, y en caso de que éstas debieran darse, sólo al mismo legislador compete tal facultad. **Decreta la suspensión provisional** ***del artículo 11 del Decreto 839 de 1984.***

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2193.

Acción de nulidad contra el artículo 11 del Decreto 839 de 1984.

Actor: Víctor Obdulio Benavides Ladino.

Corresponde decidir el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la Nación - Ministerio de Educación Nacional contra la providencia de 11 de febrero de 1993, por la cual se decretó la suspensión provisional del acto acusado.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Expresa así la recurrente los motivos de inconformidad:

1. El artículo 14 de la Ley 49 de 1983, mirado desde un punto de vista muy dogmático y exegético, efectivamente autoriza que se organicen Juntas Municipales de Deporte en cualquier municipio del país, y al reglamentarse dicha ley se prohíbe que coexistan en las capitales de departamento, Juntas Seccionales y Municipales de Deporte.

La voluntad del legislador es motivada por dos razones:

a) Economía presupuestal, pues no es justo que en un solo municipio existan dos Juntas de Deporte, y al hablar de presupuesto hay que remitirse a los artículos 4º y 19 de la Ley 49 de 1983, y

b) Dualidad de funciones, pues tanto las Juntas Municipales como las Seccionales tienen las mismas funciones.

2. El artículo 11 del Decreto 839 de 1984, no viola la ley fundamental o cambia su sentido sino que la desarrolla para su ejecución debida.

II. LA DECISION

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El recurso de reposición interpuesto no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

El legislador al expedir la Ley 49 de 1983, en su artículo 14 previó la organización en cualquier municipio del país de las Juntas Municipales de Deporte sin excepción ni discriminación alguna.

Es tan clara esta disposición que no admite interpretación ni consideraciones de ninguna índole, y en caso de que éstas debieran darse, sólo al mismo legislador compete tal facultad.

Así pues, puede ser loable la finalidad perseguida en el artículo 11 del Decreto 839 de 1984, motivada en las razones aducidas por la recurrente de orden presupuestal y funcional, pero si ésta hubiera sido la voluntad del legislador, así lo habría expresado. Y como quiera que el reglamento so pretexto de hacer expedita la aplicación de una ley no puede trascender su espíritu y alcance, no hay lugar a reponer el proveído recurrido ya que el fundamento del mismo no aparece desvirtuado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

Confírmase la providencia de 11 de febrero de 1993, por medio de la cual se decretó la suspensión provisional del artículo 11 del Decreto 839 de 1984.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que el anterior proveído fue leído, discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha dieciocho de marzo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DEMANDA - Requisitos / CUANTIA - Determinación / TRIBUNAL NACIONAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA POR CUANTIA / COMPETENCIA FUNCIONAL

El proceso tiene cuantía y su determinación es de absoluto cumplimiento para establecer la competencia del juez, la cual, por ser de orden público no se puede eludir a pesar de que no se solicite condena económica alguna.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 19 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2241.

Actora: Asociación Club Canino Colombiano, ACCC.

Por haber sido negado el proyecto de auto presentado por el Consejero doctor Miguel González Rodríguez, procede la sala de decisión de la Sección Primera a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto por la Asociación demandante contra el auto de 4 de febrero de 1993, mediante el cual se declaró la incompetencia del Consejo de Estado para avocar el conocimiento de la demanda instaurada y, como consecuencia de ello, se dispuso la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que conozca de la misma.

I. EL AUTO RECURRIDO

El fundamento de la providencia recurrida en súplica consiste en que dado que en la demanda se alega la acusación de perjuicios económicos, como consecuencia de la ejecución del acto acusado, ella "... tiene cunatía, que es susceptible de estimación razonada, conforme lo previene el artículo 137 numeral 6 del C.C.A., en concordancia con los artículos 131 y 132 *ibidem*, en sus respectivos numerales 9".

Por dicha razón, "... y al haber sido expedidos los actos de mandados en esta ciudad, la competencia corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en única o primera instancia, sea cual fuere su cuantía, de acuerdo con los artículos 131 numeral 9 y 132 numeral 9. *ibidem*" (fls. 60 a 62).

II. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Las razones expuestas por el recurrente son, en resumen, las siguientes (fls. 63 a 66):

El Consejo de Estado es competente para conocer de la demanda, pues de acuerdo con los artículos 85 y 128 numeral 3 del C.C.A. el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho carece de cuantía cuando, "... como consecuencia de la nulidad impetrada, no se solicita en la demanda reparación de daño alguno sino la adopción, por la jurisdicción contencioso-administrativa, de determinadas medidas con las cuales el actor considera que su derecho queda plena y cabalmente restablecido".

Si bien es cierto que el artículo 137 numeral 6 del C.C.A., ordena que la demanda debe contener la estimación razonada de la cuantía, cuando ella sea necesaria para determinar la competencia, también lo es que según los artículos 131 y 132, dicha cuantía se determina por el valor de los perjuicios causados, los cuales deben estimarse razonadamente conforme a lo dispuesto por el artículo 20 numeral 1 del C. de P.C.

De acuerdo con lo anterior, "...si en las pretensiones de la demanda no reclaman perjuicios (así éstos se causen o puedan causarse), a lo que es igual, las pretensiones carecen de valor económico, no es posible entonces entrar a hacer una estimación de los mismos para efectos de determinar la competencia".

El hecho de que en la petición de suspensión provisional se haya alegado y demostrado sumariamente que el acto acusado causa perjuicios de tipo económico a la actora, no puede servir de base para deducir que la demanda tiene cuantía, toda vez que dicha prueba sumaria sólo puede y debe apreciarse para efectos de la medida precautelativa impetrada.

"Además, téngase muy presente que si la jurisdicción contencioso administrativa es rogada, y por tanto sus decisiones quedan limitadas a lo pretendido en la demanda y a las razones aducidas en la misma, la providencia recurrida está obligando a mi poderdante a reformar su demanda para que incluya una nueva pretensión: reclamar unos perjuicios

económicos que no ha solicitado directa ni indirectamente, y que tampoco quiere reclamar."

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego de realizar el correspondiente estudio y análisis de los fundamentos del acto impugnado y de las razones expuestas por el recurrente, la Sala considera que el recurso interpuesto no tiene vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

En su libelo de demanda, la demandante expresa que esta Corporación es competente para conocer de ella en virtud de los dispuesto por el artículo 128, numeral 3 del C.C.A., es decir, por cuanto se controvierte un acto administrativo del orden nacional y el proceso carece de cuantía.

En este orden de ideas se tiene que si bien es cierto que en el caso bajo estudio resulta indudable la presencia del primero de los mencionados presupuestos, ya que se trata de una acción ejercida contra un acto del orden nacional, no lo es menos que no se presenta la concurrencia del segundo de ellos, toda vez que es evidente que el negocio tiene cuantía, pues de los términos de la solicitud de suspensión provisional aparece claramente que la demandante considera que la ejecución del acto acusado le irroga "...un perjuicio económico actual e inmediato...", el cual, aun cuando no traduce en cifras, supone una cuantía que, de conformidad con el artículo 137 del C.C.A., estaba obligada a estimar.

De lo anterior resulta que en el caso *sub examine* no cabe la menor duda de que el proceso tiene una cuantía, la cual, de conformidad con el ordinal 6º del artículo 137 del C.C.A., ha debido estimarse razonadamente en la demanda, por ser ésta indispensable para determinar la competencia, puesto que, como lo previene la citada disposición, en concordancia con los ordinales 9º de los artículos 131 y 132 *ibidem*, es de cumplimiento imprescindible por constituir factor objetivo determinante de la competencia funcional del Tribunal, en única o en primera instancia.

En relación con lo atrás expresado, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido coincidente, como se observa y recapitula en providencia de 17 de abril de 1991, Consejero Ponente: doctor Miguel González Rodríguez, Actor: Ancísar Gutiérrez Baquero, expediente número 258, en la cual se hace referencia a otras providencias en el mismo sentido, como las siguientes:

Auto de 1 de febrero de 1991, Sala Unitaria, Sección Primera, Consejero Ponente doctor Rodrigo Vieira Puerta; Actor: Instituto

Farmacológico Colombiano Ltda., Italmex, expediente número 1184, y auto de fecha 4 de abril de 1991, Sección Primera, Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, Actor: Instituto Farmacológico Colombiano, Italmex, expediente número 1184.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Sala considera que no asiste razón al suplicante cuando expresa que los perjuicios que alega sufrir como consecuencia del acto acusado sólo deben ser tenidos en cuenta para efectos de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 152 del C.C.A., pues, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la solicitud de suspensión provisional no puede ser considerada como independiente y ajena a la demanda, hasta tal punto que una vez se decide su admisión y la solicitud de la medida precautelativa, el demandante puede, dentro del término para corregir la demanda, hacer lo propio con respecto a aquélla.

Por último, y en cuanto al fundamento del recurso consiste en que la providencia recurrida conlleva el obligar a la actora a reformar su demanda para que incluya como pretensión la condena al pago de unos perjuicios económicos, la Sala considera que tampoco le asiste razón al recurrente, pues, como atrás se observó, el proceso tienen una cuantía y su determinación es de absoluto cumplimiento para establecer la competencia del juez, la cual, por ser de orden público no se puede eludir, a pesar de que no se solicite condena económica alguna. Es por ello que si la demandante "obligando" a reformar en este sentido las pretensiones de su demanda ante el Tribunal competente.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala de Decisión,

RESUELVE:

Confírmase el auto recurrido en súplica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de decisión en su sesión de fecha dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente, salvo voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CUANTIA - Determinación / JURISDICCION ROGADA (Salvamento de voto)

Lo que determina que una acción contencioso-administrativa -de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa o de naturaleza u origen contractual administrativo-, tengan cuantía, que debe ser estimada por el demandante en la forma señalada en los artículos 131 y 132 del C.C.A., son las pretensiones económicas que formule el actor en su escrito de demanda, y sólo ellas. No las del juez, quien en esa materia no puede obligar al demandante a hacerlo, pues se trata de cuestiones por lo general renunciables y no de orden público, consideré que el accionante debió formular, pues por esa vía, por lo demás, se iría contra el principio de la "jurisdicción rogada".

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Expediente número. 2241.

Actora: Asociación Club Canino Colombiano, ACCC.

Como lo expresaba en la providencia que redacté para la Sala y que ésta negó por mayoría siguiendo la posición adoptada por la Sección desde el año de 1990, que compartí hasta hace poco, contribuyendo inclusive a reforzarla con argumentos como los que se transcriben en la providencia de la cual me separé, elaborados por el suscrito Consejero y expuestos en auto de 4 de abril de 1991, actor: Italmex, expediente número 1184, lo que determina que una acción contencioso-administrativa -de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa o de naturaleza u origen contractual administrativo- tengan cuantía, que debe ser estimada por el demandante en la forma señalada en los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, son las pretensiones económicas que formule el actor en su escrito de demanda, y sólo ellas.

No las que el juez, quien en esa materia no puede obligar al demandante a hacerlo, pues se trata de cuestiones por lo general renunciables y no de orden público, consideré que el accionante debió formular, pues por esa vía, por lo demás, se iría contra el principio de la "jurisdicción rogada", con detrimento de la parte demandada, por lo general en esta jurisdicción las personas de derecho público, que se verían en la situación de poder ser condenadas a indemnizar perjuicios materiales y morales que el accionante no quiere ni busca, pero que el juez, en ejercicio de un poder que no se le ha conferido, obliga a reclamar al demandante, mediante el expediente de exigirle que determine una cuantía de sus pretensiones, y así también obligarlo a someterse a dos instancias que la ley no ha consagrado para las acciones de nulidad y restablecimiento sin cuantía.

Con el debido respeto,

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

ESPACIO PUBLICO / SERVICIO DE PARQUEO / TASA / AUTORIDAD DE TRANSITO / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

La suma que el usuario debe pagar por el servicio de parqueo corresponde a una tasa, que únicamente puede ser decretada por el Concejo a nivel municipal dado el carácter de tributo que ostenta. En este orden de ideas, le está vedado al alcalde disponer la variación de las áreas urbanas que según el decreto bajo examen, son fijadas como sitios de estacionamiento. Las vías se hicieron para circular y ninguna autoridad local, no autorizada para el efecto, puede constituir parqueaderos. Cuando el Código Nacional de Tránsito habla de estacionamiento restringido, lo limita, exclusivamente, a las zonas adyacentes a las instalaciones militares o de policía, bancos, hospitales, entidades oficiales y de socorro, teatros, iglesias, establecimientos industriales y comerciales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 25 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2200.

Autoridades Nacionales.

Actor: Marco Marín Vélez.

Entra la Sala a decidir por medio de este proveído, el recurso de apelación interpuesto por el actor de la referencia, la parte coadyuvante y el señor apoderado de la Asociación Colombiana de Personas Impedidas -Acopim-, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 25 de septiembre de 1992.

LA ACCION

En su propio nombre y en ejercicio de la acción que contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el actor demanda la nulidad del Decreto 315 de 21 de agosto de 1991, dictado por el Alcalde del Municipio de Pereira, por la cual se reglamenta el programa denominado Zonas Azules.

El decreto dictado con particular fundamento en el artículo 7º de la Ley 9ª de 1989 y con el fin de mejorar la calidad de vida de la ciudad, dispone la fijación de sitios de estacionamiento dentro del programa denominado Zonas Azules, para el municipio de Pereira, de acuerdo con el estudio que efectúe la Asociación Colombiana de Personas Impedidas -Acopim-, o los que posteriormente se habilitaren.

Reglamenta además el decreto, el uso de un tiquete por el cual los usuarios deben pagar la suma de cien pesos ($100.00) por hora o fracción, el horario del estacionamiento y la prohibición de hacerlo "dentro del Area del Centro de Actividad Múltiple". En su artículo final, adjudica a la misma entidad Acopim la administración del programa, "de acuerdo con el Convenio suscrito entre las partes".

El actor estima como violados con el acto demandado los artículos 82, 313 numeral 3 y 338 de la Constitución Nacional, así como el Decreto 1333 de 1986, artículo 170, la Ley 4ª de 1913, artículo 208, la Ley 9ª de 1989, artículo 6º y el artículo 674 del Código Civil. Explicando el concepto de violación, dice el demandante que las disposiciones del acto acusado son contrarias a los postulados de la nueva Constitución en la que se habla de la recuperación del uso y goce del espacio público para la comunidad que ve amenazado ese derecho "por la flexibilidad de las autoridades estatales que le están destinando en beneficio de intereses particulares e individuales".

Manifiesta también, sustentando la alegada violación del artículo 338 de la Constitución Nacional, que el Alcalde no es competente para imponer contribuciones, lo que es materia exclusiva del Concejo a nivel municipal y que "no es de recibo ni aceptable que las vías públicas de uso público de los ciudadanos sean convertidas en verdaderos parqueaderos manejados por entidades particulares, que derivarán un provecho económico emanado de la explotación de un bien de uso público".

SECCION PRIMERA

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal en sentencia del 25 de septiembre de 1992, considera cada uno de los cargos de la demanda y deduce, en relación con la acusada violación del artículo 313 de la Constitución Nacional, que el acto acusado no corresponde a un contrato de la administración municipal sino a una reglamentación del espacio público.

Trata también de determinar la naturaleza jurídica que tiene el valor del tiquete de parqueo, en cuanto a si se trata de un impuesto, o de una tasa o de una contraprestación por el servicio prestado. Consultando las obras de varios tratadistas, el Tribunal deduce que los impuestos o tributos no conllevan la contraprestación de un servicio público por parte del Estado o de una entidad pública y que no es exigible un servicio inmediato estatal. Pero la tasa sí se paga cuando se requiere un servicio, es decir, hay contraprestación por el costo del servicio; se presenta, dice la providencia, una relación de carácter económico que se manifiesta como el pago del costo que hace el usuario de un servicio específico que presta el Estado". Y termina así su análisis sobre el tema:

> "De lo anterior se concluye que el pago de $100 que hace el usuario por estacionar su vehículo en los sitios autorizados corresponde a una tasa o contraprestación por el servicio de parqueo. El artículo 338 de la Constitución Nacional, norma citada como violada, dice que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán imponer contribuciones fiscales: 'pero el sistema del método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas y los acuerdos'. El artículo 2º del acto acusado ordena cobrar $100 por el parqueo, lo cual viola directamente la norma superior citada, dicha facultad le corresponde únicamente al concejo municipal y no al alcalde y por esta razón se declarará la nulidad del referido artículo."

Respecto a los demás cargos, se concluye en la sentencia que no prosperan. Y da por sentado que con los mismos argumentos "igualmente se ha respondido a las diferentes personas que actuaron coadyuvando la demanda, incluyendo a la señora Procuradora Judicial -encargada-, por cuanto todas se refirieron a las mismas normas y razones".

LA APELACION

Los apelantes de la providencia antes relacionada, destacan en su escrito los siguientes puntos:

a) El actor se limita a remitir al *ad quem* a lo que había manifestado durante el proceso, citando los folios pertinentes y reiterando la solicitud de que se declare la nulidad de todo el decreto;

b) Los coadyuvantes de la demanda, manifiestan que el Decreto 315 de 1991, viola disposiciones del Código Nacional de Tránsito, sobre lo cual no se pronunció el Tribunal en la sentencia recurrida, debiendo hacerse en esta instancia;

c) El apoderado judicial de la Asociación Colombiana de Personas Impedidas -Acopim- hace relación a lo dicho por esta Sala en auto del 9 de abril de 1992, por medio del cual se decidió el recurso de apelación interpuesto contra el auto que denegó la suspensión provisional del acto demandado, en el sentido de "determinar la naturaleza jurídica de la tarifa o del valor del tiquete de parqueo, para ver si en realidad constituye un impuesto, tal como lo asevera el apelante, o por el contrario, corresponde a una contraprestación por el servicio de parqueo".

Dice el apelante que le es muy claro que no se trata de una contribución o impuesto de carácter genérico, ni de establecer una tarifa de las que trata el inciso segundo del artículo 338 de la Constitución Nacional. Es, más bien, "la fijación de una tarifa por el servicio de parqueo".

La fijación de dicha tarifa por el servicio de parqueo, fue determinado mediante un estudio científico y técnico de Acopim, según el apoderado de esta asociación quien concluye, que si la fijación de dicha tarifa, "no correspondiera al Ejecutivo Municipal, tendríamos entonces que llegar a concluír que se dejó (sic) corto en su sabiduría el constituyente de 1991, habida cuenta que del artículo 338 que tanto hemos mencionado no puede inferirse que este elemental y simple acto de la administración municipal está asignado al Concejo, porque tal situación nos llevaría a derivar en términos no funcionales el quehacer administrativo, al tener que eventualmente someter a la consideración y aprobación por parte de los Concejos Municipales hasta el más mínimo detalle de lo que se pretendiera hacer como obligación de la Administración Municipal".

LA SALA CONSIDERA:

Por medio de la demanda *sub iuris*, se busca la declaratoria de nulidad del Decreto 315 del 21 de agosto de 1991, expedido por el señor Alcalde

del Municipio de Pereira. El decreto reglamenta el programa denominado Zonas Azules en esa ciudad.

Las normas superiores que el actor considera violadas, son los artículos 82, 313 numeral 3º y 338 de la Constitución Nacional; el artículo 170 del Decreto 1333 de 1986; el artículo 208 de la Ley 4ª de 1913; el artículo 6º de la Ley 9ª de 1989; el artículo 674 del Código Civil, y, según los coadyuvantes, los artículos 1º, 3º, 110 y 140 del Decreto 1809 de 1990 (C. N. de T.).

El alcalde fundamenta el acto administrativo que se demanda, especialmente, en las atribuciones conferidas por el artículo 7º de la Ley 9ª de 1989 cuyo texto reza:

> "Los municipios y la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia podrán crear, de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. Así mismo, podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores.
>
> "Cuando las áreas de cesión para zonas verdes y servicios comunales sean inferiores a las mínimas exigidas por las normas urbanísticas, o cuando su ubicación sea inconveniente para la ciudad, se podrá compensar la obligación de cesión, en dinero o en otros inmuebles, en los términos que reglamenten los Concejos, el Consejo Intendencial y las Juntas Metropolitanas. Si la compensación es en dinero, se deberá asignar su valor a los mismos fines en lugares apropiados según lo determine el Plan de Desarrollo o Plan de Desarrollo Simplificado. Si la compensación se satisface mediante otro inmueble, también deberá estar ubicado en un lugar apropiado según lo determine el mismo Plan.
>
> "Los aislamientos laterales, parámetros y retrocesos de las edificaciones no podrán ser compensados en dinero ni canjeados por otros inmuebles."

De acuerdo con el texto del inciso primero del artículo transcrito, se confiere a "los municipios" la facultad de crear entidades responsables de la administración, desarrollo, mantenimiento y apoyo financiero del espacio público, así como del patrimonio inmobiliario y las áreas de

cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. También se faculta a los municipios para contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de esos bienes.

Se observa que, en primer lugar el artículo hace relación concreta a "los municipios" sin especificar si es el Alcalde o el Concejo Municipal el depositario de esa facultad. Dice, sin embargo, que ello se hará "de acuerdo con su organización legal". Se entiende entonces que la iniciativa para la creación de dichas entidades, debe hacerse de acuerdo con las específicas atribuciones que la Constitución y la ley asignen tanto al funcionario como a la Corporación.

El decreto demandado, si bien indica en su encabezamiento estar fundamentado en el artículo que se viene analizando, ciertamente no lo está. La norma habla de creación de entidades. El Decreto no está creando ninguna sino, simplemente, fijando unos sitios de estacionamiento, que en realidad no los determina, porque en esto peca de inexacta la disposición ya que la "fijación" de esos sitios de estacionamiento, la remite a una circunstancia incierta, no determinada, al referirse a que son "aquellos que resultaren del estudio efectuado por la Asociación de personas Impedidas -Acopim- y/o los que con posterioridad a estos estudios, hayan (sic) necesidad de habilitar".

De las disposiciones anteriores que resultan ambiguas, pues no se está creando organismo alguno ni se están fijando sitios de estacionamiento, el acto demandado pasa a concluir que quien pretenda utilizar los sitios de estacionamiento, deberá hacer uso obligatorio de un tiquete que costará cien pesos ($100) cada hora o fracción de hora.

Se debatió, con encontrados argumentos en el proceso, sobre la naturaleza jurídica de la tarifa o del valor del tiquete de parqueo, tal como esta Sala lo había sugerido en el auto del 9 de abril de 1992 que resolvió el recurso de apelación contra el auto denegatorio de la suspensión provisional del acto demandado. Se defendió y se debatió la tesis de si se trataba de un impuesto, o de una tasa o de una contribución y si el Alcalde tenía o no la facultad de imponer dicha tarifa.

El Tribunal Administrativo de Risaralda decidió en su sentencia que se trataba de una tasa o contraprestación por el servicio de parqueo y que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 338 de la Constitución Nacional, en el sentido de que en tiempo de paz, solamente el Congreso,

las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán imponer contribuciones fiscales, esta norma superior resultaba violada con el acto acusado y por esa razón declaró la nulidad del artículo segundo del decreto cuestionado.

Sobre la verdadera significación de los términos "impuestos", "tasa" y "contribuciones", dijo el Consejo de Estado:

> "Para discriminar el significado y alcance de cada una de tales exacciones hay que atenerse a las normas trazadas por la doctrina fiscal y las tesis de los expositores. *Los impuestos*, corresponden a las exacciones de carácter imperativo, derivadas de la ley. Como importe está destinado a cubrir los gastos administrativos y aquellos servicios públicos cuyo costo para los particulares no se puede calcular, como tampoco su extensión y desarrollo. *La tasa,* es el valor de una relación de carácter económico, que se paga por un servicio determinado y preestablecido por el Estado, y que grava a quien lo usa dentro de una criterio de equidad y equivalencia. *La contribución,* es una cuota de los particulares para cubrir el costo; con la obra determinada que los beneficie como propietarios de ciertos bienes; con la contribución la persona participa en la construcción de una obra pública proporcionalmente como beneficiario de ella" (Sent. 29 de noviembre 1946. Consejero Ponente: doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

Como se colige de lo que consta en autos la apoderada del municipio de Pereira no apeló de la decisión del Tribunal, pero en su alegato de conclusión, aceptó que el decreto demandado había establecido una tasa. Estas son sus palabras:

> "Ahora bien, teniendo en cuenta los conceptos ya definidos, sobre las diferencias que existe entre el impuesto, la taza (sic) y la contribución podemos afirmar que el Decreto impugnado no está creando un impuesto, *se está estableciendo un tipo especial de taza (sic) o tarifa para las personas que con carácter de voluntario (sic) lo pagan* con el fin de acceder al uso racionalizado del espacio público, por lo tanto no existe violación del artículo 338 de la Constitución Nacional" (destacados fuera del original) (fl. 61).

Por su parte, el señor apoderado de Acopim, está de acuerdo con la calificación dada por el Tribunal aunque trata de hacer una disgresión que no resulta muy clara, además de restarle toda seriedad a su argumento el hecho de citar parcialmente, en cuanto conviene a su etérea teoría, una

frase no escindible de la norma constitucional que resulta violada con el acto acusado. A folio 100 del expediente, dice el libelista que "debemos hacer notar que a lo que se refiere la norma constitucional precitada (art. 338), es a "... *como recuperación de los costos de los servicios que les preste*". (Destacamos nosotros), y aquí, en el caso que es materia *sub examine*, primero el municipio de Pereira *no está prestando él directa o indirectamente ningún servicio,* y en segundo lugar, *Tampoco le representa ningún costo...* .

Al respecto, debe aclarar la Sala que la frase del artículo constitucional, no separable por un punto como hizo el apelante, dice textualmente: "... como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación de los beneficios que les proporcionen". Es decir, que la conjunción alternativa o, de la frase constitucional, está dándole la razón al Tribunal en cuanto, quienes pagan la tarifa del tiquete de marras están participando en los beneficios que el servicio les proporciona.

Es decir, ninguno de los impugnadores de la demanda logró demostrar que la tarifa impuesta por el acto demandado es de orden distinto de las contribuciones fiscales o parafiscales y tasas de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional y que, por tanto, al no ser dicha tarifa el resultado de una decisión tomada por el Concejo Municipal de Pereira, el Decreto viola en forma ostensible la norma constitucional.

Todo lo anteriormente expuesto, lleva a concluir que la suma de $100 que el usuario debe pagar por el servicio de parqueo corresponde a una tasa, que únicamente puede ser decretada por el Concejo a nivel municipal dado el carácter de tributo que ostenta.

En este mismo orden de ideas, le estaba vedado igualmente al Alcalde disponer la variación de las áreas urbanas que, según el decreto bajo examen, son fijadas como sitio de estacionamiento. Esto, porque en forma clara lo determina la Ley 09 de 1989 en el artículo 6º así:

> El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas o suburbanas no podrá ser variado *sino, por los Concejos,* Juntas Metropolitanas o por el Consejo Intendencial, por iniciativa del Alcalde o Intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes" (inc. 1º).

El decreto, por tanto, debe ser declarado nulo en su totalidad pues no solamente pretende fundamentarse legalmente en una norma que como ya

se explicó no tiene relación alguna con el objetivo que pretende, sino que fue dictado en contrapuesta dirección con las normas a las que debía estar sometido, como son el artículo que se acaba de transcribir y, muy en particular, el artículo 338 de la Constitución Nacional. Además porque infringe normas reguladoras del tránsito, como pasa a explicarse seguidamente:

Si se observan detenidamente las normas que comprende los decretos constitutivos de lo que hoy se llama Código Nacional de Tránsito Automotor, desde el Decreto 1344 de 1970 hasta los Decretos 1809, 1951 y 2591 de 1990, se sacará como conclusión que no existe una sola norma en la cual pueda fundamentarse la medida tomada en el acto acusado. En efecto, en el mismo artículo primero ordena el Decreto 1344 de 1970 que el Código rige en todo el territorio nacional, y en el segundo define el término "vía" como la "zona de uso público o privado abierto al público destinada a tránsito de vehículos, personas y/o animales". Es decir, une los conceptos "vía" y "tránsito", o sea que las vías públicas se hicieron para circular y ninguna autoridad local, no autorizada para el efecto, puede constituirlas en parqueaderos. Cuando el Código habla de estacionamiento restringido, lo limita, exclusivamente, a las zonas adyacentes a instalaciones militares o de policía, bancos, hospitales, entidades oficiales y de socorro, teatros, iglesias establecimientos industriales y comerciales (Dec. 1809 de 1990).

Quienes actúan como parte coadyuvante en el proceso, han señalado también otras normas que, a su parecer, fueron violadas por el acto demandado. Una de ellas es el artículo 313 de la Constitución Nacional que estatuye como una de las funciones de los Concejos la de "autorizar al Alcalde para celebrar contratos y ejercer *pro tempore* precisas funciones de las que corresponden al Concejo".

Dicen ellos que "en el caso presente el honorable Concejo Municipal de Pereira , no le otorgó facultades al Alcalde para la celebración del convenio atacado, el cual quedó plasmado con (sic) el Decreto 315 del 21 de agosto de 1991".

Ningún comentario hará esta Sala al respecto, ya que en el decreto demandado lo único que consta es una vaga alusión a un convenio suscrito, entre las partes, sin que se sepa, por obra del mismo texto demandado, cuál es la naturaleza del convenio, cuáles son las "partes" del mismo y tampoco si para los efectos de ese convenio o contrato existió una autorización del Concejo o si, como en el caso de la tarifa, se omitió

igualmente la intervención de dicha corporación administrativa municipal.

Similar consideración le merece a la Sala la acusada violación del artículo 110 del Código Nacional de Tránsito Automotor que determina la prelación y la clasificación de las vías y que, según los coadyuvantes es violado por la normatividad acusada puesto que, "para el caso *sub judice* las zonas determinadas como *Zonas Azules* están: demarcadas dentro de las vías arterias y vías principales de la ciudad de Pereira". Contraria a esta manifestación, es la afirmación que se hizo al comienzo de estas consideraciones en cuanto a la carencia de fijación de esos sitios que acusa el Decreto demandado pues, precisamente se dijo que era incierta e indeterminada ya que sólo había una remisión a "aquellos que resultaren del estudio efectuado por la Asociación de Personas Impedidas -Acopim- y/o, los que con posterioridad a esos estudios hayan (sic) necesidad de habilitar".

Tiene razón sí, la parte coadyuvante en cuanto a la falta de competencia del señor Alcalde de Pereira para dictar normas de tránsito, pues si bien el artículo 3º del Código Nacional de Tránsito (Dec. 1809 de 1990), estatuye a los alcaldes municipales en el numeral 4º como autoridades de tránsito, especifica en el parágrafo que "Las entidades señaladas, en los numerales tercero (3) y quinto (5) se considerarán para efectos de este decreto, como organismos de tránsito". Dichos numerales se refieren respectivamente a "las Secretarías, Departamentos, Institutos, Direcciones y demás organismos de tránsito de carácter departamental, distrital, intendencial, comisarial" y a "las Secretarías, Departamentos, Inspecciones y demás organismos municipales de tránsito".

Son estos los organismos competentes para tomar las medidas pertinentes dentro de sus respectivas jurisdicciones, según voces del artículo sexto, en concordancia con los artículos séptimo y octavo de la misma codificación. Dice así el artículo 6º:

> "Los organismos de tránsito, dentro de su respectiva jurisdicción, expedirán las normas y tomarán las medidas necesarias para el mejor ordenamiento del tránsito de personas, animales y vehículos por las vías públicas, con sujeción a las disposiciones del presente código, a sus normas reglamentarias y las demás que lo modifiquen o adicionen (Dec. 1809 de 1990)."

En el Decreto demandado, según la voluntad del ejecutivo municipal, la participación de la Oficina de Transporte Público Metropolitano se

reduce a una modesta interventoría sobre los estudios que realice la sociedad o asociación denominada Acopim.

Así pues, se resumen estas consideraciones concluyendo que el acto apelado viola flagrantemente el artículo 338 de la Constitución Nacional; el artículo 6º de la Ley 09 de 1989 y el artículo 6º del Código Nacional de Tránsito Terrestre Automotor. En tal virtud, se decretará 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, y sin haber contado con la colaboración conceptual de la señora Procuradora Delegada ante esta Sección,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada de fecha 25 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en cuanto únicamente declaró la nulidad del artículo 2º del Decreto 315 de 1991 expedido por el Alcalde de Pereira, denegando las demás peticiones de la demanda; y en su lugar, *decrétase* la nulidad de la totalidad del citado Decreto.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 18 de marzo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* aclara voto, *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

TERCEROS / ACCION DE NULIDAD / COADYUVANTE - Facultades (Aclaración de voto)

Si bien en la acción pública de nulidad, como la incoada cualquier persona puede intervenir como tercero, a título de coadyuvante o impugnante (art. 146 del C. C. A.) tal intervención en manera alguna le confiere facultad para disponer de la demanda, reformándola o adicionándola. Ello sólo puede hacerlo el demandante, según se deduce del texto del artículo 208* ibídem. *De aceptarse dicha tesis equivaldría a reconocerle al tercero el poder de alterar la relación jurídico-procesal trabada entre demandante y demandado.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Ref.: Expediente número 2200.

Actor: Marco Marín Vélez.

Aunque comparto la decisión y parcialmente la motivación de la sentencia proferida en el proceso de la referencia, disiento, sin embargo, en cuanto en las páginas 13 a 15 la Sala se pronunció sobre otras normas, diferentes de las señaladas en la demanda, que invocaron los coadyuvantes como violadas.

En efecto, los ciudadanos Olga Lucía Monsalve Morales y Javier Hernando Angel Restrepo, en escrito de 6 de marzo de 1992 (el día 2º de la fijación en lista), se constituyeron como coadyuvantes e invocaron la transgresión de los artículos 1º, 3º, 110, 139 y 140 del Decreto 1809 de 1990 (C. N. de T.), normas no tenidas en cuenta en sus fundamentos de derecho por el demandante (fls. 37 a 42 cdno. ppal.). La entidad demandada, el municipio de Pereira, contestó la demanda el 11 de marzo de 1992 (último día de la etapa de fijación en lista), por medio de apoderada, y se

limitó a rebatir los cargos de la demanda, sin hacer alusión alguna al escrito de los coadyuvantes (fls. 78 a 83 *ibidem*).

En mi criterio, si bien en la acción pública de nulidad como la incoada en el caso *sub examine*, cualquier persona puede intervenir como tercero a título de coadyuvante o impugnante (art. 146 del C. C. A.), tal intervención en manera alguna le confiere facultad para disponer de la demanda, reformándola o adicionándola. Ello sólo puede hacerlo el demandante según se deduce del texto del artículo 208 *ibidem*. De aceptarse dicha tesis equivaldría a reconocerle al tercero el poder de alterar la relación jurídico-procesal trabada entre demandante y demandado.

Cabe señalar que tanto sobre la demanda como la aclaración o corrección de la misma, le asiste el derecho de defensa al demandado, que se traduce en la posibilidad procesal de contestar tanto la una como la otra. De ahí que el artículo 208 antecitado ordena retrotraer la actuación, esto es, que se vuelva a iniciar, en el evento de la aclaración o corrección de la demanda. Por ello, la tesis de la Sala constituye un típico antiprocesalismo y un cabal desconocimiento del derecho de defensa, porque se adiciona la demanda por quien no está legitimado y por cuanto no tuvo oportunidad el municipio demandado de contestar la ilegal adición ya que no se le surtió el traslado correspondiente.

Sobre el particular el tratadista Jairo Parra Quijano en su obra Estudios de Derecho Procesal Apuntes para una teoría sobre los terceros en el proceso civil, Tomo I. Ediciones Librería del Profesional, Anota:

> "... El coadyuvante toma el proceso en la situación en que se encuentre.
>
> El interviniente toma el proceso en el estado en que se encuentre y bajo ningún aspecto se retrotrae. El interviniente lo toma en el estado en que esté y se habrá producido preclusión de los actos realizados con anterioridad a su intervención.
>
> No puede modificar ni ampliar la "litiscontestación" o "el objeto del litigio". El interviniente adhesivo no enriquece la relación jurídica procesal, no la amplía, como sucede con la intervención *ad excludendum*, sino que por el contrario hace suya, por así decirlo, prohija la pretensión que ya se encuentra en el caudal jurisdiccional o la posición del demandado, según sea el caso; por tal razón éste no

puede reformar la demanda, aun en el supuesto de que estuviera en tiempo para hacerlo..." (p. 143).

Se colige de lo expuesto que, a mi juicio, debieron desestimarse los cargos de violación hechos por los coadyuvantes, que no fueron invocados por el actor.

Fecha, *ut supra.*

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS / CONCESION PORTUARIA / SOCIEDAD PORTUARIA

La Superintendencia General de Puertos tiene competencia para definir los términos para el otorgamiento de las concesiones portuarias e invitar a la Constitución de las sociedades portuarias, pues del texto de la Ley 1ª de 1991 así se infiere. Siendo esta entidad la competente para atender lo concerniente a las concesiones portuarias, y teniendo únicamente la calidad de concesionario, las sociedades portuarias fácilmente se extrae que cuando el artículo 34 se refiere a la invitación pública que la Nación hará para participar en la constitución de tales sociedades, lo hace a través del organismo encargado de regular la actividad portuaria, que en este caso lo es la Superintendencia General de Puertos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 26 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente número 2217.

Acción de nulidad contra la Resolución 0113 de 5 de noviembre de 1992, expedida por la Dirección General de Puertos.

Actor: Alvaro Rocha Pardo.

Por reunir los requisitos legales, la Sala habrá de admitir la demanda promovida por el ciudadano Alvaro Rocha Pardo en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, teniendo a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución 0113 de 5 de noviembre de 1992, emanada de la Superintendencia General de Puertos "por la cual se definen los términos para otorgar concesiones portuarias a las sociedades portuarias regionales y se invita a participar en la constitución de estas sociedades".

SUSPENSION PROVISIONAL

Aduce el actor las siguientes razones para solicitar la medida de suspensión provisional:

1. La Resolución 0113 de 5 de noviembre de 1992, infringe manifiestamente la Ley 01 de 1991, ya que ésta en su artículo 27 determina con precisión las funciones y competencia del Superintendente General de Puertos, y dentro de las mismas no está la relativa a organizar las sociedades portuarias regionales.

2. Ni en la Ley 01 de 1991, ni en el Decreto 2681 de 1991, se dice que el Superintendente General de Puertos sustituye o representa a la Nación en la autorización que se le dio a ésta para constituir sociedades portuarias con sede en cada uno de los municipios o distritos donde Puertos de Colombia tiene hoy puertos, ni se le asigna en ninguna otra norma competencia para sustituir a la Nación en la invitación pública a participar en la constitución de tales sociedades regionales, ni mucho menos para que defina las condiciones necesarias sobre instalaciones portuarias, canales, obras de canalización y defensa de las que puede realizar antes de aportarlas a dichas sociedades.

3. La resolución en cita viola principios constitucionales sobre la libertad de empresa y la Ley 01 de 1991 que determina que todas las sociedades portuarias regionales se rigen por el Código de Comercio, ya que por medio de los artículos 5º, 8º, 9º, 10, 11, 12 y 13 se pretende legislar por vía administrativa, en materias como objeto social, inversiones, capital, aportes y contrato de sociedad (minuta), que son sometidas por voluntad del legislador al Código de Comercio.

4. El artículo 1º de la Resolución acusada al establecer la concesión sobre los activos de Puertos de Colombia, viola los artículos 33, 34 y 35 de la Ley 01 de 1991 que no pueden interpretarse en forma distinta de la de que el destino de tales activos es la venta o aporte a las sociedades portuarias regionales, y una vez liquidado Colpuertos, los que no fueren vendidos o aportados pasarán a ser propiedad de la Nación.

No existe otro tipo de concesión portuaria diferente de la que contempla el numeral 5.2 del artículo 5º de la Ley 01 de 1991 y pretender dar en concesión los activos, además que es disponer de unos bienes que aún son de Colpuertos, resulta absurdo y violatorio de nuestro régimen legal, ya que se burlan los derechos y preferencias otorgados a los trabajadores y empresas solidarias consagrados en el artículo 60 de la

Carta Fundamental al excluírseles de la posibilidad de acceder a la propiedad de la empresa estatal que se liquida.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

En síntesis, cuatro son los aspectos que corresponde dilucidar para el estudio de la solicitud de suspensión provisional planteada, a saber:

El primero de ellos tiene que ver con la competencia de la Superintendencia General de Puertos para definir los términos para el otorgamiento de las concesiones portuarias y la invitación a la constitución de las sociedades portuarias; el segundo guarda relación con el objeto de la concesión; el tercero atañe a las disposiciones contenidas en los artículos 5º y 8º a 13 de la Resolución enjuiciada respecto de los cuales según el actor se está legislando por vía administrativa en materias que son del resorte del legislador, y por último el atinente a la violación del artículo 60 de la Constitución Nacional.

Sobre el particular cabe observar:

1. En lo referente al primer aspecto estima la Sala que *prima facie* no se advierte la violación aducida por el actor, y sí por el contrario, en principio, sin mayor esfuerzo se deduce que la Superintendencia General de Puertos tiene competencia para definir los términos para el otorgamiento de las concesiones portuarias e invitar a la constitución de las concesiones portuarias e invitar a la constitución de las sociedades portuarias, pues del texto de la Ley 1ª de 1991 así se infiere. En efecto, cuando el artículo 5º numeral 2º de la citada ley define lo que debe entenderse por concesión portuaria, establece que ella es el acto administrativo en virtud del cual, *la Nación, por intermedio de la Superintendencia Nacional de Puertos* permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a 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. De tal suerte que las condiciones de la concesión, obviamente deben ser fijadas por la entidad encargada por la Nación para su otorgamiento, y en este sentido el artículo 38 *ibidem* hace mayor claridad al prescribir que: "el Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia General de Puertos procederá a definir de inmediato los términos en los cuales se otorgarán concesiones portuarias a las sociedades portuarias que se creen para utilizar los activos de Puertos de Colombia...".

Siendo esta entidad la competente para atender lo concerniente a las concesiones portuarias, y teniendo únicamente la calidad de concesionario, según reza el artículo 6º de la misma Ley, las sociedades portuarias, fácilmente se extrae que cuando el artículo 34 se refiere a la invitación pública que la Nación hará para participar en la constitución de tales sociedades, lo hace a través del organismo encargado de regular la actividad portuaria, que en este caso lo es la Superintendencia General de Puertos. Por estas razones no es procedente acceder a la suspensión provisional del acto que se acusa.

2. En cuanto al objeto de la concesión, tampoco asiste razón al actor cuando afirma, en apoyo de la suspensión provisional que solicita, que la única concesión portuaria que existe es la regulada en el artículo 5º numeral 2º de la Ley 1ª de 1991, sobre las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, ya que el texto del artículo 38 *ibidem* es diáfano al prever el otorgamiento de concesiones portuarias a las sociedades portuarias que se creen para utilizar *los activos* de Puertos de Colombia, y en esta expresión lógicamente están comprendidos tanto los bienes muebles como los inmuebles de la empresa que a través de la citada ley se liquida, y permite entender que cuando el artículo 33 habla de aporte de activos a una sociedad portuaria, éste se lleva a cabo bajo la forma de concesión portuaria.

3. En lo tocante a que con los artículos 5º y 8º a 13 del acto acusado se está legislando por vía administrativa sobre materias reservadas al legislador, de la simple confrontación de textos no es dable inferir la ostensible violación, pues ello supone no un análisis somero sino concienzudo de la normatividad que para las sociedades mercantiles trae el Código de Comercio que conduzca a la conclusión que por las condiciones que en dichas normas se exigen a las sociedades portuarias regionales relativas a su objeto social, inversiones, capital social autorizado y suscrito, aporte estatal y de los municipios, se está modificando o variando el régimen jurídico al cual aquéllas están sometidas, análisis que corresponde efectuar en el momento oportuno de dictar sentencia, mas no en esta etapa procesal.

4. En lo que guarda relación con la violación del artículo 60 de la Carta Política, a simple vista no se advierte la transgresión, dado que surgen interrogantes acerca de qué quiso decir el Constituyente cuando se refirió a la "participación accionaria" del Estado, esto es, si ella tiene relación únicamente en los casos en que éste tenga parte en sociedades de

economía mixta; además dicho precepto constitucional delega en la ley la reglamentación de esta materia, y hasta la fecha ella no ha sido expedida, lo cual hace que no se tenga la certeza requerida para determinar que efectivamente se están desconociendo los derechos de los trabajadores para acceder a la propiedad de la empresa que se liquida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1º *Admítese* la demanda promovida por el ciudadano Alvaro Rocha Pardo en ejercicio de la acción de nulidad, contra la Resolución 0113 de 5 de noviembre de 1992, emanada de la Superintendencia General de Puertos.

2º *Notifíquese* personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

3º *Notifíquese* personalmente con entrega de copia de la demanda y de sus anexos al Superintendente General de Puertos.

4º *Deposite* el actor en la Secretaría de la Sección la suma de dos mil pesos ($2.000) para atender los gastos ordinarios del proceso.

5º *Fíjese* el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del Código Contencioso Administrativo.

6º *Solicítese* a la Oficina Jurídica de la Superintendencia General de Puertos el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado.

7º *Deniégase* la suspensión provisional de la Resolución 0113 de 5 de noviembre de 1992.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 25 de marzo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CAMBIO DE RADICACION - Improcedencia / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD / DECRETO LEGISLATIVO DE COMISION LEGISLATIVA / AUTONOMIA JUDICIAL

La expedición del artículo 3º del Decreto 2271 de 1991, mediante el cual el gobierno adoptó como legislación permanente, entre otros, el artículo 17 del Decreto 2790 de 1990, no resulta conforme con la preceptiva constitucional contenida en el artículo 8º transitorio, cuya interpretación lógica indica que el gobierno puede convertir en legislación permanente, mediante decreto, las normas expedidas en ejercicio de las facultades del estado de sitio, siempre y cuando éstas sean compatibles con el nuevo ordenamiento constitucional. En el caso de autos, el artículo 17 del Decreto 2790 de 1990, cuando otorga al Ministerio de Justicia la facultad de variar la radicación de los procesos, contradice lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Nacional, según el cual las decisiones de la Justicia son independientes y su funcionamiento es desconcentrado y autónomo. La medida es de carácter administrativo-judicial cuyo ejercicio corresponde ahora a la rama jurisdiccional. Decreta la* Nulidad *de la Resolución 601 de 25 de marzo de 1992, proferida por el Ministerio de Justicia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 30 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente número 2001.

Autoridades Nacionales.

Actores: Gilberto y Miguel Angel Rodríguez Orejuela.

Mediante apoderado legalmente constituido, los señores Gilberto y Miguel Angel Rodríguez Orejuela, en ejercicio de la acción de nulidad y

restablecimiento del derecho solicitaron, el 29 de abril de 1992, ante esta Corporación, que se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que es nula la Resolución 601 de 25 de marzo de 1992, proferida por el Ministerio de Justicia, en cuanto por ella se resuelve 'Variar la radicación de los siguientes procesos que los Jueces de Orden Público adelantan contra Gilberto Rodríguez Orejuela: número 0442 Hecho Punible: Violación a los Decretos 1856 y 2390 de 1989. Número 804 Hecho Punible: Violación al Decreto 1856 de 1989. Número 3473 Hecho punible: Violación a la Ley 30 de 1986' (art. 1°); 'Variar la radicación de los procesos que los Jueces de Orden Público adelantan contra el señor Miguel Angel Rodríguez Orejuela: números 0807, 1145, 0851: Violación al Decreto 1856 de 1989' (art. 2°); 'Variar la radicación de los procesos que los Jueces de Orden Público adelantan contra los señores Gilberto Rodríguez Orejuela y Miguel Angel Rodríguez Orejuela: números 0804, 205 Hecho Punible: Violación al Decreto 1856 de 1989' (art. 3°); 'Asignar la radicación de los procesos citados, en la Dirección Seccional de Orden Público de Bogotá' (art. 4°); y 'Comunicar la presente decisión a la Subdirección Nacional de Orden Público, para que proceda de conformidad" (art. 5°).

"*Segunda.* Que como consecuencia de la nulidad, se ordene a la Subdirección Nacional de Orden Público y a la Dirección Seccional de Orden Público de Bogotá, la remisión de los procesos mencionados en la resolución acusada y que se adelantan contra los ciudadanos Gilberto y Miguel Angel Rodríguez Orejuela, a los Jueces de Orden Público que venían conociendo de ellos hasta la expedición de la Resolución anulada.

"*Tercera.* A la sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo."

Los *hechos* en que se fundamenta la acción son, en síntesis, los siguientes:

1. Los jueces de Orden Público radicados en Cali, adscritos o pertenecientes a la Dirección Seccional de Orden Público de dicha ciudad, venían conociendo y tramitando los procesos penales referidos en el punto primero del *petitum.*

2. Mediante el acto administrativo acusado el señor Ministro de Justicia y su Secretario General resolvieron variar la radicación de los

precitados y asignar la radicación de los mismos en la Dirección Seccional de Orden Público de Bogotá, fundamentándose para ello en lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto Legislativo 2790 de 1990, dictado en ejercicio de las facultades que le confería al señor Presidente de la República el artículo 121 de la Constitución Nacional de 1886, adoptado como legislación permanente por el artículo 3º del Decreto-ley 2271 de octubre 4 de 1991.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACION

Los actores consideran que con la expedición del acto administrativo acusado se infringieron las siguientes disposiciones:

Artículos 2º. -inciso 2º-, 13, 29, 113 y 228 de la Constitución Nacional; 17 del Decreto Legislativo 2790 de 1990, norma adoptada como regla general permanente por el Decreto 2271 de 1991; y 84 -inciso 2º- del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 35 *ibidem.*

El concepto de la violación lo consignan en explicaciones que rotulan y se resumen así:

1. *Excepción de inconstitucionalidad*

Por el artículo 3º del Decreto 2271 de 1991 se adoptó como legislación permanente el artículo 17 del Decreto Legislativo 2790 de 1990 que le sirvió de soporte jurídico al señor Ministro de Justicia para proferir el acto acusado en cuanto le permite al mismo funcionario, oficiosamente o a petición del Director Seccional de Orden Público, variar la radicación de un proceso cuando "existan circunstancias que puedan afectar la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia", entre otros eventos que precisa la norma.

El artículo 3º del Decreto-ley 2271 de 1991 es ostensiblemente inconstitucional por desconocer lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución de 1991, que entró a regir en el mes de julio del mismo año, según el cual "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones *son independientes... su funcionamiento será* desconcentrado y *autónomo*" (los destacados son de la parte actora), lo que concuerda con el inciso segundo del artículo 113 *ibidem*, que reitera el viejo y conocido principio de la separación de poderes, conforme al cual no se permite la intervención abusiva de uno de ellos en las atribuciones de otro, como

ocurre en el presente caso, en donde el poder o rama ejecutiva se ha tomado, inicialmente mediante el ejercicio de las facultades del Estado de Sitio, posteriormente, mediante la obtención del consentimiento del denominado "Congresito" (Comisión Legislativa Especial), la facultad o atribución que sólo corresponde, por lo general, al funcionario judicial competente para decidir, previa solicitud motivada y fundada debidamente en medios de prueba, como lo establece el Código de Procedimiento Penal, el cambio de radicación de un proceso por circunstancias de orden público, o por aquellas que puedan afectar la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la seguridad del sindicado o su integridad personal.

La prueba de la inconstitucionalidad de la norma está en el Código de Procedimiento Penal, expedido mediante Decreto-ley 2700 de 1991, el cual, a diferencia del Decreto 50 de 1987, no contiene una disposición sobre "Cambio de Radicación Especial", que le permita al Ministerio de Justicia dicho cambio de radicación de un proceso por estar en peligro la integridad personal del procesado, cuando se siga contra personal uniformado de la Policía Nacional, o contra personal al servicio del DAS o del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial.

En síntesis, dicen los actores, el artículo 3º del Decreto 2271 de 1991 quebranta los artículos 113, inciso 2º, y 228 de la Carta, que no permiten la injerencia de una rama del poder público en otra, por la cual resulta inconstitucional, y debe dejar de aplicarse, para resolver el presente caso, en los términos del artículo 4º de la Carta Fundamental.

Como consecuencia de la inconstitucionalidad de la norma que le sirvió de fundamento al acto acusado, éste es nulo, y así debe declararse.

2. *Las circunstancias que puedan afectar o afectaban la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia en los procesos penales a que se refiere el acto acusado.*

El acto administrativo demandado, independientemente de la inconstitucionalidad de la norma superior de derecho que le sirve de aporte, es nulo, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 84 del Código Contencioso Administrativ;, por infringir la norma en que debía fundarse, por cuanto la decisión del cambio de radicación de los procesos señalados no está fundada en medio de prueba alguno, como lo exige la ley procesal penal, medida para la cual el competente es el juez penal. Y también es nulo porque quebranta el artículo 35 del Código Contencioso

Administrativo, ya que no podía fundarse en consideraciones como "la naturaleza de los procesos", pues la ley, para efectos de cambio de radicación, no los distingue o gradúa en procesos de mayor, menor, poca o ninguna importancia; o la "calidad de los sindicados o procesados", expresión vaga, sin contenido alguno, pues los demandantes no han sido considerados en el país como personas que hayan perseguido o estén persiguiendo a los jueces, ni atentando contra la justicia, o estén entorpeciendo de alguna manera su funcionamiento.

Ningún juez de la República, ni en particular ningún juez de orden público, se ha visto, en cuanto respecta los procesos cambiados abusivamente de radicación por el Ejecutivo Nacional o en los que atañe a otros en que pudieran estar sindicados los demandantes, constreñido, amenazado o interferido de algún modo por éstos.

Ningún Juez de orden público de los que venían conociendo de los procesos cambiados de radicación se ha dirigido al señor Ministro de Justicia para poner en su conocimiento hechos de esa naturaleza, es decir, de amenazas, constreñimientos, interferencias, o eventualmente dádivas o sobornos, que estuvieran afectando su independencia de criterio e imparcialidad en la tramitación de los juicios o en la adopción de las decisiones.

Finalmente afirma el actor que con el acto acusado se quebrantó el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política.

RAZONES DE LA DEFENSA

En la contestación de la demanda, el Ministerio de Justicia expone los argumentos tendientes a enervar las pretensiones de la parte actora, los que se sintetizan a continuación:

En relación con la excepción de inconstitucionalidad, manifiesta que los decretos legislativos adoptados como legislación permanente, son objeto de control constitucional por la Corte Constitucional, en los términos previstos en la nueva Carta, al tenor de lo dispuesto por el artículo 10 transitorio de ésta.

En cuanto al segundo cargo, expresa que de conformidad con el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo la motivación puede ser sumaria, es decir breve, y en el presente caso la motivación es seria e íntimamente relacionada con la decisión, como se aprecia a través de los

antecedentes que dieron lugar al cambio de radicación de los mencionados procesos penales, lo cual se acredita con los documentos que se acompañan a esta contestación de la demanda y que constituyen la razón de ser de la expedición del acto acusado.

Entre tales documentos se encuentra el oficio número 00308 de 28 de enero de 1992, mediante el cual la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia envió al señor Director Seccional de Orden Público de Santafé de Bogotá los documentos pertinentes que reposaban en el proceso administrativo de extradición contra el señor Gilberto Rodríguez Orejuela, para que la Jurisdicción de Orden Público adelantara la investigación a que hubiese lugar.

El 13 de marzo del año en curso fue recibido un fax del oficio número 1572 fechado marzo 6 de 1992, suscrito por el Jefe Sección Jurisdiccional con funciones delegadas, doctor Luis Hernando Saavedra Pavajeau, de la Dirección Seccional de Orden Público de Cali, dirigido a la doctora Martha Isabel Castro Cardozo, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, en donde le informa que mediante auto del 4 de marzo de 1991 (debe ser de 1992), un Juez de Orden Público de Cali inició la investigación penal contra Gilberto Rodríguez Orejuela, con fundamento en la documentación recibida por la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, relacionada con el proceso de extradición adelantado contra el precitado Rodríguez Orejuela.

El Veedor del Ministerio de Justicia se comunicó telefónicamente con el Jefe de la Sección de Orden Público de Cali y éste le manifestó que el oficio número 00308 con sus 120 anexos se encontraban en dicha Seccional de Orden Público; y este mismo funcionario vino a Bogotá trayendo consigo el mencionado oficio número 00308 y sus anexos para mostrárselos al Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia.

El Profesional Especializado del Despacho del Ministro -Veedor doctor Oscar Bustamante Hernández-, envió el 19 de marzo de 1992, por fax, el oficio número 4795, dirigido al Jefe Sección Jurisdiccional de Orden Público de Cali, donde se solicita que certifique, entre otros, que si esa Seccional de Orden Público recibió de parte del Ministerio de Justicia el oficio 04151, en el cual iban anexos 1.781 folios referentes al expediente de extradición contra Gilberto Rodríguez Orejuela, y mediante qué oficio esa Seccional recibió de parte del Ministerio de Justicia la documentación relacionada con el proceso de extradición que contra

Gilberto Rodríguez Orejuela, y que sirvió de base para que un Juez de Orden Público le iniciara investigación penal contra el mencionado señor.

El doctor Jaime Enrique Bautista González, Director Seccional de Orden Público de Cali, dio respuesta mediante oficio 0073 del 20 de marzo del mismo año, donde certifica, entre otras cosas, que esa Seccional recibió de parte de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia el oficio 04151 donde se indicaba un anexo de 1.781 folios, apareciendo solamente 121 folios y que este oficio y la documentación anexa, que no se recibió completa y nunca antes lo habían manifestado, fue la que sirvió de base para que un Juez de Orden Público de Cali le iniciara la investigación penal al señor Gilberto Rodríguez Orejuela.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Agente del Ministerio Público consignó en su vista fiscal, en síntesis, lo siguiente:

El Gobierno se ajustó formalmente a la previsión contenida en el artículo 8º transitorio de la Carta, al expedir el artículo 3º del Decreto 2271 de 1991 por el cual se adoptó el artículo 17 del Decreto 2790 de 1990 como legislación permanente.

La norma que da sustento al acto enjuiciado está orientada a garantizar la imparcialidad y la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, etc.

La independencia y la autonomía que se predica en el mandato constitucional (art. 228), sobre el ejercicio de la función pública de la administración de justicia, toca más directamente con el sometimiento de los jueces al exclusivo imperio de la ley que con la organización misma del órgano judicial y la distribución de algunas de sus competencias.

En todo caso, el Ministerio de Justicia, al emitir el acto acusado, obedeció a una norma legal vigente y motivó la decisión.

No dice el artículo 17 del Decreto 2790 de 1990 que deban recogerse pruebas para sustentar la decisión administrativa y bien puede colegirse de su letra e intención que la procedencia o conveniencia de la decisión se deja al sano juicio del Ministro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Solicita inicialmente el apoderado judicial de los demandantes, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, aduciendo, como

atrás ha quedado reseñado, que al adoptarse por el artículo 3º del Decreto 2271 de 1991 como legislación permanente el artículo 17 del Decreto Legislativo 2790 de 1990, soporte jurídico del acto acusado, se desconocieron los artículos 113 -inciso segundo-, y 228 de la Constitución, pues se produjo con aquel proceder una intromisión indebida del Ejecutivo Nacional en la rama jurisdiccional, irrespetando el principio de la separación de poderes u órganos que consagran aquellas disposiciones superiores.

A este respecto la Sala observa lo siguiente: Por disposición del artículo 8º transitorio de la Constitucional Política,

> "Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de estado de sitio hasta la fecha de promulgación del presente Acto Constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno Nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la Comisión Especial no los imprueba."

Con fundamento en la disposición pretranscrita el Gobierno Nacional por medio del artículo 3º del Decreto 2271 de 1991, adoptó como legislación permanente varias disposiciones de estatutos expedidos en ejercicio de las facultades del estado de sitio, entre otros el artículo 17 del Decreto 2790 de 1990 que a la letra dice:

> "En los delitos a que se refiere el artículo 9º de este Decreto, el Ministerio de Justicia oficiosamente, o a petición del Director Seccional de Orden Público, podrá variar la radicación del proceso cuando existan serios motivos para deducir que está en peligro la integridad personal del Juez, o existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado."

En este orden de ideas aparece que la expedición del artículo 3º del Decreto 2271 de 1991, mediante el cual el Gobierno adoptó como Legislación Permanente la decisión pretranscrita, no resulta conforme con la preceptiva constitucional contenida en el artículo 8º transitorio, cuya interpretación lógica indica que el Gobierno puede convertir en legislación permanente, mediante decreto, las normas expedidas en ejercicio de las facultades del estado de sitio, siempre y cuando éstas sean compatibles con el nuevo ordenamiento constitucional.

En el caso de autos, el artículo 17 del Decreto 2790 de 1990, cuando otorga al Ministerio de Justicia la facultad de variar la radicación de los procesos, contradice lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Nacional, según el cual las decisiones de la Justicia son independientes y su funcionamiento desconcentrado y autónomo.

La medida acusada en el caso que nos ocupa es de carácter administrativo judicial cuyo ejercicio corresponde ahora a la rama jurisdiccional. Tan cierto es lo anterior que en la actualidad, de conformidad con lo reglado en el artículo 84 del Decreto 2700 de 1991, por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal, el cambio de radicación debe solicitarse ante el funcionario judicial que esté conociendo del proceso, quien enviará la solicitud con sus anexos al superior encargado de decidirlo.

Por lo demás, no sobra decirlo, el cambio de radicación de un proceso incide en el señalamiento del juez y en el reparto de los negocios, medidas éstas propias del funcionamiento de la justicia que de acuerdo con el artículo 228 de la Constitución Nacional, ya citado, tienen que ser desconcentrado y autónomo.

De conformidad con las apreciaciones anteriores y en virtud del principio de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución Nacional actual, la Sala considera que los artículos 3º del Decreto 2271 de octubre 4 de 1991 y 17 del 2790 de noviembre 20 de 1990 no tienen radicación de los procesos que el Ministerio de Justicia ejerce mediante el acto demandado.

Se argumenta también en el libelo que el acto administrativo demandado es nulo conforme a lo dispuesto en los artículos 84, numeral 2º y 35 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la decisión del cambio de radicación de los procesos no estuvo fundada en medio de prueba alguno, sino en consideraciones tales como la naturaleza de los procesos y la calidad de los sindicados o procesados. En este sentido se expresa en la demanda que, de una parte la ley no distingue los procesos para efectos de cambio de radicación y de otra, que los demandantes "no han sido considerados en el país como personas que hayan o estén persiguiendo a los jueces, a la justicia en general, atentando contra ella, o entorpeciendo de alguna manera su funcionamiento".

Al respecto puede observarse:

Aceptando en gracia de discusión la constitucionalidad del artículo 17 del Decreto 2790 de 1990 en el cual se basa el acto acusado, tomándolo como la norma superior que prevé los motivos o antecedentes por los que el Ministerio de Justicia puede variar la radicación de los procesos a que alude el artículo 9º del citado estatuto, en el caso de autos no se dan los presupuestos tal cual los ha previsto la disposición, pues mientras ésta faculta al Ministerio de Justicia para variar la radicación del proceso, entre otros casos, "cuando existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado", el Ministerio, mediante el acto demandado, varía la radicación de los procesos adelantados contra los señores Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela, teniendo en cuenta "la naturaleza de los procesos y la calidad de los sindicados", circunstancias de las cuales no se puede inferir lógica y razonablemente, la amenaza contra la imparcialidad o la independencia con que vienen adelantándose los procesos en curso, menos considerarse configurada la prueba de esta eventualidad.

En virtud de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, a través de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público.

FALLA:

Primero. Es nula la Resolución 601 de 25 de marzo de 1992, proferida por el Ministerio de Justicia.

Segundo. Como consecuencia de la nulidad declarada y a manera de restablecimiento del derecho, *ordénese* a la Subdirección Nacional de Orden Público y a la Dirección Seccional de Orden Público de Bogotá, la remisión de los procesos mencionados en la Resolución acusada y que se adelantan contra los ciudadanos Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela, a los jueces de orden público que venían conociendo de ellos hasta la expedición de la resolución anulada, o a quienes corresponda de acuerdo con la normatividad y organización vigente al respecto.

Tercero. A la sentencia se le dará cumplimiento en el término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto. Devuélvase a la parte actora o a su apoderado, el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 25 de marzo de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Nota de Relatoría: Mediante auto de 12 de febrero de 1993, Expediente 2260; Actor: Germán Alfonso Oliveros C.; Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano, la Sección Primera *decretó la suspensión provisional* de la Circular número 004 del 11 de septiembre de 1992, firmada por el Superintendente General de Puertos, referente a unos requisitos para las concesiones portuarias.

Mediante auto de 12 de febrero de 1993; Expediente 2256; Actor: Camilo A. González Pacheco; Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, la Sección Primera *confirmó la suspensión provisional de la ordenanza* 009 de 20 de agosto de 1992, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima "por la cual se efectúan unos traslados en el presupuesto de gastos de 1992", decretada por el Tribunal Administrativo del mismo departamento.

Mediante auto de 28 de enero de 1992; Expediente 2251; Actor: Francisco Javier Llano Rodríguez; Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez, la Sección Primera, *confirmó la suspensión provisional* de los efectos de los artículos 12, 263, 264 y 265 de la Ordenanza número 23 de 1991, expedida por la Asamblea del departamento de Norte de Santander.

Mediante sentencia de 22 de enero de 1993; Expediente 2132, Actores: Miller Gabriel Saavedra V. y otros, la Sección Primera *declaró la nulidad* del artículo 3º del Acuerdo número 002 de 1984, emanado del Concejo Municipal de Tunja, en la parte que dice: "Los inspectores podrán ser reelegidos por una sola vez, para un período igual".

SECCION SEGUNDA

FONDO NACIONAL HOSPITALARIO / JUNTA ADMINISTRADORA - Facultades

Si bien el Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada ni tiene personería jurídica, cuenta con un sistema especial de administración previsto en la ley, el cual es diferente del de las dependencias del Ministerio de Salud que dependen directamente del Ministro, ya que conforme a lo normado en el Decreto 687 de 1967 la administración de dicho fondo compete conjuntamente al Ministro de Salud Pública y al Director del Instituto de Seguros Sociales, razón por la cual para tales fines se dispuso la existencia de una Junta Administradora conformada por los citados funcionarios o sus delegados y por un representante del Presidente de la República. Se dispuso por acuerdo de la Junta que ésta tendrá competencia para nombrar y remover personal. De ahí que en principio, la ausencia de personería jurídica del Fondo no sea óbice para ejercer la facultad de nombrar y remover a los servidores del mismo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., enero 21 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Diego Younes Moreno.*

Ref.: Expediente número 5143.

Apelación Sentencia.

Actora: Olga Victoria González Castañeda.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 1990 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción Olga Victoria González Castañeda pidió al Tribunal anular el artículo

noveno del Acuerdo número 069 de 22 de septiembre de 1982 de la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento como dibujante, código 4095, grado 06, a partir de la fecha antes señalada.

Como consecuencia de esa nulidad solicitó el restablecimiento de su derecho consistente en el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, el pago de sueldos y prestaciones dejados de percibir desde la separación del empleo hasta cuando se produzca su reincorporación al servicio y el cómputo del tiempo no servido como realmente trabajado para efectos prestacionales.

El argumento central de la impugnación descansa en la incompetencia de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario para removerlo de su empleo, pues el Fondo carece de personería jurídica y es tan sólo una dependencia interna del Ministerio de Salud y, consecuencialmente, la facultad de declarar insubsistente su nombramiento está atribuida al Presidente de la República o por delegación de éste al Ministro de Salud, pero con carácter de tal, no como Presidente de la mencionada junta.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal negó las súplicas de la demanda acogiendo en su integridad el concepto de la Fiscalía Séptima de esa Corporación.

Señala el *a quo* que por mandato del Decreto número 687 de 1967 la administración del Fondo Nacional Hospitalario corresponde conjuntamente al Ministerio de Salud Pública y al Instituto de Seguros Sociales, lo cual se reitera en el artículo 31 del Decreto 1935 de 1973; que si bien el artículo 38 del Decreto 121 de 1976 determina que la administración del Fondo Nacional Hospitalario corresponde al Ministro de Salud, ese estatuto concreta el sentido del vocablo administración al indicar que hace referencia a la ordenación del gasto con cargo a sus recursos y a la celebración de contratos y que entre las funciones que la Junta Administradora del Fondo, según el artículo 8º del Acuerdo número 03 de 1976, está la de nombrar, promover y remover a propuesta del director ejecutivo el personal del Fondo.

Indica, igualmente, el fallador de primera instancia que el Ministro de Salud carece de la facultad de nombrar y remover al personal del Fondo y que la potestad de administrar conjuntamente al Fondo conlleva la facultad de designar empleados y removerlos, por lo que el acto acusado

no viola el ordinal 5º del artículo 120 de la anterior Constitución, pues según él, el Presidente de la República tiene la competencia general de nombramiento por exclusión, es decir, cuando no se haya previsto que los nombramientos correspondan a otros funcionarios o corporaciones según la constitución o la ley.

Precisa el Tribunal que el Fondo Nacional Hospitalario no hace parte de las dependencias internas del Ministerio de Salud, que conforme al Decreto 121 de 1976 y el organigrama de éste, "el *Fondo Nacional Hospitalario* no está incluido dentro de las dependencias que conforman la propia planta del Ministerio, y que dependan inmediatamente del Secretario General del Ministerio, y mediatamente del Ministro. Tiene sólo una línea de dependencia, y ésa es inmediata con el Ministro. Pero ello no hace que la planta de personal del Fondo Nacional Hospitalario pueda considerarse una planta o dependencia interna del Ministerio..." (fl. 169 cdno. ppl.).

Finalmente el *a quo* enfatiza en que si el demandante sostiene que su desvinculación por acto de la Junta Administradora del Fondo es ilegal por carecer de competencia, sería ilegal también su designación hecha por la misma junta, razón para desoír sus peticiones, dado el aforismo jurídico de que "las cosas se deshacen como se hacen", porque lo indicado entonces era remover a quien había sido nombrado ilegalmente por dicha junta.

EL RECURSO

Al sustentar el recurso la parte demandante insiste en aseverar que la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario no tiene competencia legal para nombrar y remover empleados, que fue la misma junta, creada por disposición contractual, la que se atribuyó la potestad nominadora y de remoción mediante los acuerdos números 028 de 1968 y 03 de 1976; que los funcionarios del Fondo son de nombramiento y remoción del Presidente de la República o del Ministro de Salud en caso de existir delegación; que es absolutamente falso que tales empleados no pertenezcan a la planta de personal del Ministerio de Salud y que es absurdo "estimar que la ilegalidad que puede afectar también a los actos de nombramiento, autorice para sanear en forma igualmente ilegal la situación removiendo a los nombrados. La situación de empleado del Fondo Nacional Hospitalario es de carácter individual y no podría ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito de los afectados." (fl. 175 cdno. ppl.)

SECCION SEGUNDA

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinta de la Corporación opina que como el Fondo Nacional Hospitalario no puede ser tenido como una entidad que goce de personalidad en derecho, por cuanto de acuerdo con la preceptiva jurídica que lo regula "es sólo una dependencia del Ministerio de Salud, y sus empleos pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público, son provistos, por mandato del Decreto 1153 de 1978, por el respectivo Ministro", debe concluirse que su junta administradora "carecía de aptitud constitucional y legal para remover empleados a su servicio". Sin embargo, impetra la confirmación del fallo apelado en virtud de que la actora no puede reclamar el restablecimiento de un derecho que nunca tuvo, toda vez que la Junta Administradora carecía también de aptitud para nombrarla y por ende no está legitimada para protestar por la pérdida de la investidura de empleados del Fondo "ya que en ningún momento adquirió relativo derecho a permanecer irregularmente investida." (fl. 192)

Surtido el trámite del recurso y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El cuestionamiento de la juridicidad del acto acusado se fundamenta en la ausencia de facultad de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario para disponer la remoción del actor, por cuanto dicho Fondo es una dependencia del Ministerio de Salud, sin personería jurídica y cuyo personal forma parte de la planta del citado Ministerio, consiguientemente y habida consideración que la ley no le ha otorgado a la junta administradora la atribución de nombrar y remover personal, ésta compete al Presidente de la República o al Ministro por delegación.

Esta Corporación en diferentes fallos ha sostenido que si bien el Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada ni tiene personería jurídica, cuenta con un sistema especial de administración previsto en la ley, el cual es diferente del de las dependencias del Ministerio de Salud que dependen directamente del Ministro, ya que conforme a lo normado en el Decreto 687 de 967 la administración de dicho Fondo compete conjuntamente al Ministro de Salud Pública y al Director del Instituto de Seguros Sociales, razón por la cual para tales fines se dispuso la existencia de una Junta Administradora conformada por los citados funcionarios o sus delegados y por un representante del Presidente de la República.

En virtud del sistema de administración compartida establecido en el Decreto 687 de 1967, que no ha sido derogado por disposiciones posteriores, toda vez que el Decreto 121 de 1976 sólo atribuyó al Ministro de Salud aspectos específicos de la administración del Fondo como la ordenación del gasto y la celebración de contratos y dijo que seguiría funcionando conforme a lo estatuido en el Decreto 687 de 1967 y las normas que lo adicionan o modifican, se dispuso por acuerdo de la Junta que ésta tendrá competencia para nombrar y remover personal. De ahí que en principio, la ausencia de personería jurídica del Fondo no sea óbice para ejercer la facultad de nombrar y remover a los servidores del mismo.

En ejercicio de esa potestad fue nombrada la actora como dibujante código 4095, grado 06, cargo del cual fue declarada insubsistente por medio del acto enjuiciado el que se apoya en lo dispuesto en el literal f) del artículo 8° del Acuerdo número 03 de 1976 (fl. 84 vto.), norma cuya inaplicabilidad a través de la excepción de inconstitucionalidad no fue propuesta en el libelo, lo que hace imposible el análisis de su juridicidad y por continuar gozando de la presunción de legalidad, constituye soporte válido de la remoción de la accionante.

Por tal razón, en sentencia fechada el 10 de septiembre de 1991, expediente número 4141 actor Jaime Moncayo Arenas, teniendo en cuenta que, al igual que en el *sub lite*, para la fecha en que se expidió el acuerdo enjuiciado se hallaba vigente el Acuerdo número 03 de 1976, el que señalaba como función de la Junta Administradora del Fondo la de "nombrar, promover y remover a propuesta del Director Ejecutivo, el personal del Fondo, la Sala precisó: "no es posible discutir la competencia de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario para declarar insubsistente el nombramiento del actor, mientras el Acuerdo 003 de 1976 no sea anulado o derogado."

Por último, cabe anotar como también se hizo en aquella oportunidad "que la tesis del apelante conduciría como lo advirtió el Tribunal, a la incompetencia de la Junta Administradora para hacer nombramientos. Y siendo ello así, en nada aprovecharía el señor Jaime Moncayo Arenas la anulación de la declaratoria de insubsistencia, dado que ningún restablecimiento del derecho sería posible porque de un nombramiento ilegal no se derivan derechos legítimos. Además, la tesis de la revocación directa de los actos administrativos invocada por el recurrente no es de recibo en este caso".

SECCION SEGUNDA

De acuerdo con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de dos (2) de marzo de mil novecientos noventa (1990) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por Olga Victoria González Castañeda con el fin de obtener la nulidad del artículo 9º del Acuerdo número 069 de 22 de septiembre de 1982, de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

IMPEDIMENTO / INTERES DIRECTO - Improcedencia

A pesar de que la resolución impugnada fue expedida por la Junta Seccional de Escalafón Nacional ante Bogotá y presidida ésta por el Secretario Distrital de Educación, es de todas maneras tal junta una dependencia del Ministerio de Educación Nacional. Y ese acto administrativo por tanto está generando una obligación a cargo de la Nación, de donde no se puede inferir que el Alcalde Mayor de Bogotá pueda tener interés en las resultas del proceso. El auto admisorio de la demanda, se dispuso entre otras, la notificación al señor Personero del Distrito, quien para ese entonces era su representante legal, quien al firmar la diligencia respectiva, dejó constancia de que el representante legal para todos los efectos es el Ministerio de Educación Nacional, dando tal vez a entender con ello que el Distrito no era parte demandada en el proceso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., 22 de enero de 1993

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 7695.

Autoridades nacionales.

Actor: Julio Modesto Oyola Alvarez.

En escrito visible a folio 142, la magistrada, doctora Clara Forero de Castro, manifiesta que se declara impedida para conocer del asunto en referencia, debido a que se impetra en el mismo la nulidad de la Resolución de 14 de mayo de 1984, expedida por la Junta Seccional del Escalafón Nacional ante el Distrito Especial de Bogotá, hoy Distrito Capital. Y, por ser su esposo, doctor Jaime Castro, Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, puede deducirse que se configura en este caso la causal primera de impedimento contemplada en el artículo 150 del C. de P.C.

SE CONSIDERA:

A pesar de que la resolución impugnada (fl. 9) fue expedida por la Junta Seccional de Escalafón Nacional ante Bogotá y presidida ésta por el Secretario Distrital de Educación, es de todas maneras tal junta una dependencia del Ministerio de Educación Nacional. Y ese acto administrativo por tanto está generando una obligación a cargo de la Nación, de donde no se puede inferir que el Alcalde Mayor de Bogotá pueda tener interés en las resultas del proceso.

La demanda está dirigida contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Junta Seccional del Escalafón Nacional ante Bogotá y se pidió que fuera notificado, entre otras, el Secretario Distrital de Educación en su condición de Presidente de la mencionada junta.

En el auto admisorio de la demanda de 28 de septiembre de 1984 (fl. 14), se dispuso entre otras, la notificación al señor Personero del Distrito, quien para ese entonces era su representante legal, quien al firmar la diligencia respectiva (fl. 14 vto.) dejó la siguiente constancia "... que el representante legal para todos los efectos es el Ministro de Educación Nacional", dando tal vez a entender con ello que el Distrito no era parte demandada en el proceso.

Con base en las breves consideraciones anteriormente expuestas, la Sala inadmitirá el impedimento manifiestado por la magistrada al no darse la causal invocada.

En mérito de lo expuesto,

SE RESUELVE:

1. Inadmitir el impedimento, manifestado por la magistrada, doctora Clara Forero de Castro.

2. Ejecutoriada esta providencia vuelva el asunto al Despacho de la mencionada magistrada para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 21 de enero de 1993.

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DECAIMIENTO DEL ACTO

Cuando el Ministro de Trabajo y Seguridad Social expidió la Resolución 4988 -26 de diciembre-, confirmando la número 4064 del 27 de octubre de 1988 para atender así el recurso de reposición que en la vía gubernativa había interpuesto el sindicato, ya había sido expedido por el Gobierno el Decreto Legislativo 2620 de 1988 -20 de diciembre- y de vigencia inmediata por su publicación en el "Diario Oficial" de la misma fecha, el Ministro había perdido su competencia para ratificar o confirmar la sanción que impuso la suspensión de la personería jurídica de la organización sindical. El Ministro por ende, ha debido dejar sin efecto la sanción al desaparecer el apoyo jurídico transitorio de que estaba investido, pues al asimilarse la sanción a cuestiones punitivas, era aplicable el principio de "la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". El agente público que profirió la última de ellas ya no tenía las atribuciones en ese campo: hay, en consecuencia, un vicio radical. La noción de competencia es la base de todo derecho público y ningún agente público puede ejercer actividad distinta de la que el cuadro de su competencia le demarca, y afecta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., 1º de febrero de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 4016.

Resoluciones ministeriales.

Actor: Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, Sintraelecol.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, de carácter laboral, el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia,

Sintraelecol, mediante poder otorgado por su representante legal a abogado inscrito, ha presentado demanda a fin de que, a través de sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, se declare la nulidad de la Resolución 4064 de 27 de octubre de 1988 por la cual se suspendió, por el término de un año, la personería jurídica de dicha organización sindical, y de la Resolución 4988 de 26 de diciembre del mismo año que confirmó la anterior al interponerse el recurso de reposición en vía gubernativa. La parte petitoria del libelo dice finalmente: "Esta misma declaración de nulidad de las dos resoluciones constituye el restablecimiento del derecho de mi poderdante y además, para ese restablecimiento del derecho solicito se comunique inmediatamente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que haga las anotaciones del caso en el archivo sindical".

I. ANTECEDENTES FACTICOS

A la actora, organización sindical de industria y de primer grado con personería jurídica reconocida por Resolución 1983 de 1975 y que "agrupa a casi la totalidad de trabajadores que laboran al servicio de las empresas de energía eléctrica del país y cuenta con un sinnúmero de seccionales", le fue "suspendida su personería jurídica", como se ha dicho, bajo la acusación de haber promovido, fomentado y estimulado un paro general de trabajo en el sector eléctrico y que se hizo efectivo en las Centrales Termobarranquilla, Termocartagena y Termoguajira, por lo cual según expresan los actos acusados, contravino lo señalado en los Decretos 1658 y 2201 de 1988, dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 121 de la Constitución vigente.

Estima el libelista que esos actos violan los convenios internacionales 87 y 88 de la OIT, adoptados por las Leyes 26 y 27 de 1976, igual que el artículo 26 de la Carta y el artículo 4º del C.C.A., por "no citar al sindicato para que pudiera hacer parte y valer sus derechos, generación de un supuesto suceso local, falsa motivación por cuanto ninguna de las pruebas esgrimidas por el Ministro de Trabajo eran ciertas o reunían los requisitos exigidos por la ley para tenerlas como tales y demostrando las consideraciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre la suspensión de personerías en el año de 1985".

Arguye también el demandante que debe tenerse de presente que por el Decreto Legislativo 2620 de 20 de diciembre de 1988, derogó los Decretos de igual rango 2200 y 2201 de 1988, que sirvieron de base a la

medida adoptada por el Ministerio de Trabajo y que es anterior a la resolución por medio de la cual se agotó la vía gubernativa.

II. ARGUMENTACION DE LA PARTE ACTORA EN CUANTO A LA VIOLACION DE NORMAS DE SUPERIOR JERARQUIA POR LOS ACTOS ACUSADOS

Enumera, pues, el libelo, las siguientes normas: artículos 20, 26, 44, 76 (18) de la Constitución; 5º de la Ley 57 de 1887; 2, 3, 19, 20, 27 y 44 de la Ley 153 de 1887; 1º de la Ley 26 de 1976; 26 y 27 de la Ley 32 de 1985; 14, 28, 34 y 35 del C.C.A., (Dec. 1 de 1984); 268 y 269 del C. de P.C., al igual que el artículo 258, 71, 62 y 640 del C.C.; 20, 21 y 380 del C.S. del T. y el 17 de la Ley 11 de 1984.

Al tenor de lo que explica la demanda, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social es incompetente en cuanto hace a la segunda Resolución (la 4988 de 26 de diciembre de 1988) porque antes de esa fecha, el 20 de diciembre, el decreto legislativo en que se fundamentó la medida de suspensión de personería, había sido derogada al tenor del Decreto 2620 del 20 de diciembre, publicado ese mismo día en el Diario Oficial número 38.621. Por tanto -agrega- "para la fecha de expedición de la Resolución demandada se encontraba en plena vigencia la normatividad normal y regular sobre la materia, es decir, la Ley 26 de 1976, aprobatoria del Convenio número 87 de la OIT que prohíbe suspender las personerías jurídicas de los sindicatos por la vía administrativa: artículo 4º. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por la vía administrativa".

En cuanto atañe al primer acto acusado, o sea la Resolución 4064 del 27 de octubre de 1988, expedida cuando estaba en vigor el Decreto Legislativo 2201 de 1988, anota:

> "1. De conformidad con el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 se estima insubsistente una disposición legal por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.
>
> "2. Como el Decreto 2201 de 1988 reproduce íntegramente el contenido del Decreto 1658 de 1985, tenemos que para el día de la expedición de la Resolución número 04064, el 27 de octubre de 1988, la única norma de estado de sitio vigente era el primer decreto que había dejado insubsistente a la disposición de 1985.
>
> "3. Ahora bien, al interponerse el recurso de reposición y mientras se desataba, se derogó el Decreto 2201 mediante el Decreto 2720 (20 de

diciembre de 1988), es consecuente la carencia de facultades otorgadas en el estado excepcional al señor Ministro de Trabajo, el 26 de diciembre para expedir la Resolución confirmatoria de la suspensión de la personería jurídica.

4. Al regresar en materia de suspensión de personerías jurídicas a la normatividad, el Ministro de Trabajo violó con la Resolución 0004988 violó (sic) el artículo 1º de la Ley 26 de 1976, en cuanto aprueba el Convenio 87 de OIT, en su artículo 4º.

En consecuencia es palmaria la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional que establece el principio que nadie podrá ser juzgado sino mediante tribunal competente. El Ministerio de Trabajo no estaba facultado a partir del 20 de diciembre de 1988 para suspender la personería de Sintraelecol y el único Tribunal competente lo era la justicia ordinaria laboral.

5. Aun así, para ahondar en razones, sí no hubiese sido expedida la Ley 26 de 1976, la única norma sustantiva que facultó en otros tiempos al Ministro para suspender las personerías lo fue el artículo 17 de la Ley 11, modificatoria del artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo, pero únicamente durante el tiempo que subsistiera la trasgresión a la ley. Si realmente Sintraelecol hubiese promovido y participado en un cese de actividades, el titular de la cartera laboral sólo hubiese podido suspender la personería por el tiempo de trasgresión y no imponer la suspensión a un año.

6. Quizás la suspensión de la personería de mi poderdante hubiese tomado otro cariz si a la fecha del decreto derogatorio de las facultades sancionatorias del Ministro ya se encontrase la decisión administrativa en firme, aunque en tal evento es apenas lógico que la suspensión ejecutoriada quedara sin validez a partir del de la expedición del decreto eliminarlo de las facultades extras dadas al Ministerio.

7. Aunque la decisión de suspensión de la personería de mi poderdante se hizo por la vía administrativa, tiene carácter de sanción y por ello cabe la aplicación del artículo 26 inciso 2º de la Constitución Nacional que predica cómo en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

La suspensión de la existencia de la organización, de su vida, es quizá la mayor pena impuesta a cualquier persona y es indudablemente una de las eventualidades que caen bajo la previsión del inciso segundo del artículo 26 de la Constitución Nacional. Entre dos normas, el Decreto 2201 de octubre de 1988 y el 2620 de diciembre 20, ha debido aplicarse este último por ser más favorable a la organización suspendida.

8. Es más aun, el imperio del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo imponía al señor Ministro, en caso de presentarse conflicto entre el Decreto 2210 y el 2206, aplicar este último por ser más favorable al trabajador. Es decir, entre sancionar y no hacerlo, entre considerarse con facultades o no, ha debido optar por la más favorable a los trabajadores o sea aplicar el Decreto 2620 que le arrebata sus facultades para suspender la personería.

9. Al no darle aplicación a la Ley 26 de 1976, aprobatoria del Convenio 87 de la OIT, plenamente vigente el 26 de diciembre de 1988, violó el Ministerio de Trabajo el numeral 18 del artículo 76 de la Constitución, de donde se extrae la validez de los convenios Internacionales y su obligatoriedad.

Desde este mismo ángulo se rebeló el titular de la cartera laboral contra los artículos 26 y 27 de la Ley 32 de 1985, aprobatoria de la "Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados", que señalan "*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido, de buena fe", y artículo 26. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Ya analizado el asunto desde otro ángulo, relacionado con el aspecto probatorio, encontramos que la Resolución demandada infringió claramente el artículo 640 del Código Civil: "Los actos del representante de la corporación, en cuanto no exceden los límites del Ministerio que se la ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante."

Como se deduce de las partes considerativas de las dos Resoluciones sancionatorias, en el hipotético caso de que los hechos allí narrados realmente hubiesen sucedido, no procedía la sanción de suspensión

de la personería jurídica sindical por cuanto hubo decisión de la Asamblea Nacional de Delegados de participar en el cese de actividades del 27 de octubre de 1988, sino expresiones o actuaciones de algunos miembros de la organización sindical que no comprometen al sindicato, sino a cada uno de ellos (sic).

El maestro Valencia Zea, en su libro de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Personas, ilustra muy claramente el fenómeno: "De manera que dos condiciones esenciales dan a una o varias personas la calidad de órgano:

a) Ejercer una función colectiva, es decir, una actividad propia del giro ordinario de los negocios a que se dedica la persona jurídica;

b) Que dichas personas hayan sido designadas como órgano para la realización de tal función por el ordenamiento jurídico de los estatutos, *pues sólo esto hace que sus actos se miren como actos de la persona jurídica en cuestión"* (destacados míos) (ob. cit. quinta edición, E. Temis, Bogotá, 1972, pp. 671 a 673).

A diferencia de lo planteado en la Resolución impugnada, los actos de los integrantes del sindicato o sus directivos, cuando excedan el mandato otorgado en los estatutos, no obligan ni son de la organización. No distinguir este fenómeno entre conductas de la persona jurídica y la distinción con lo obrado por las personas naturales conlleva a la violación de la norma del C.C. como también en desprotegerlas íntegramente si cada vez que uno de sus miembros incurre en violación de la ley, tal transgresión de (sic) imputa a la persona jurídica.

La violación de los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional, desarrollados para el efecto en los artículos 14, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo es nítida por cuanto no se citó a la organización sindical para que se hiciera parte y valiera sus derechos en los trámites administrativos que condujeron a la expedición de las resoluciones acusadas.

Aun se desconoce de qué inteligencia de la norma han deducido los funcionarios ministeriales del trabajo que la tramitación de declaratorias de ilegalidad o suspensión de personerías se sustraen a los diáfanos mandatos del Código Contencioso Administrativo que le dan a los trabajadores y sus organizaciones sindicales la garantía del derecho de defensa antes de ser sancionados administrativamente.

La falsa motivación del acto acusado es otra de sus características pues las pruebas que sirven para fundamentar las motivaciones deben regirse por el Código de Procedimiento Civil, según remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, regulador de las actuaciones de la administración en sus primeros 81 artículos.

Los documentos privados no son plena prueba, ni prestan mérito ejecutivo alguno mientras no sean reconocidos, o esté establecida su autenticidad.

Del cúmulo de pruebas alegado en la parte considerativa del acto acusado no se puede desprender responsabilidad de la organización sindical, como ampliamente se demostrará durante el debate probatorio y por ello las acusaciones se presentarán después de que esa etapa procesal haya sido colmada.

III. DECURSO PROCESAL

a) Al despachar la suspensión provisional de los actos acusados impetrada, la Sala Unitaria que tal medida dispuso, indicó:

"Ahora bien, en el caso *sub lite* obsérvase que es palmar que cuando fue expedida la Resolución 4988 de 26 de diciembre de 1988, que decidió confirmar, en todas sus partes, la Resolución 4064 de 27 de octubre de 1988 proferida por este despacho por la cual se suspendió por el término de 1 año la personería jurídica de la organización sindical denominada: *Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, Sintraelecol*, ante el recurso de reposición que oportunamente habrá interpuesto el sindicato afectado, estaba en vigencia plena el Decreto Legislativo 2620 del 20 de diciembre de 1988 (Diario Oficial 38.621 de la misma fecha), que derogó los Decretos Legislativos 2200 y 2201 de 1988, siendo este último uno de los que sirvieron de apoyo al Ministerio para sancionar, en la forma en que lo hizo, al mencionado sindicato. Entonces habiendo desaparecido de la vida jurídica la facultad extraordinaria del Ministerio para suspender la personería del sindicato, al conformarla, quebrantó ostensiblemente la Ley 26 de 1976, aprobatoria del Convenio Internacional número 87 de la OIT, artículo 4º, que a la letra dice: 'Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa'." (ver fls. 90 a 93, cdno. ppl.);

b) Por auto de 15 de junio de 1989, se tuvieron como pruebas los documentos anexos al libelo de la demanda y se decretó la práctica de una

inspección judicial con el objeto de determinar el número de afiliados y los lugares donde laboran, lo mismo que la constitución de Seccionales o Subdirectivas de Sintraelecol (fl. 101);

c) No hubo alegatos de conclusión. La Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) no se ha hecho parte en el proceso.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Cuarta de la Corporación es de criterio de que han de ser despachadas favorablemente las peticiones de la demanda, con respaldo en la argumentación principal que sirvió para la medida de la suspensión provisional adoptada por la Sala Unitaria.

Sentando, pues, lo anterior, y no observando defecto que incida en la validez de lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1º. El siguiente es el texto del artículo 121 de la Constitución vigente para la época en que fueron dictados los actos administrativos que se acusan en el caso *sub examine:*

> "En caso de guerra exterior o de *conmoción interior* podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, *declarar turbado el orden público* y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones.
>
> Los decretos que dentro de esos precisos límites dicte el presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los ministros.
>
> El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos.
>
> Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.
>
> La existencia del estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso. Por consiguiente, éste se reunirá por derecho propio durante las sesiones ordinarias y extraordinarias cuando el Gobierno lo convoque.

Si al declararse la turbación del orden público y el estado de sitio estuviere reunido el Congreso, el Presidente le pasará inmediatamente una exposición motivada de las razones que determinaron la declaración. Si no estuviere reunido, la exposición le será presentada el primer día de las sesiones ordinarias o extraordinarias inmediatamente posteriores a la declaración.

En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará al Congreso en el decreto que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los diez días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o terminada la conmoción interior y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo.

Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento.

Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario. (Acto Legislativo 1 de 1968, art. 42).

De modo que la normatividad establecía facultades transitorias y eminentemente policivas por las cuales se ejercían formas de intervención de las autoridades administrativas consistentes en imponer, en vista de asegurar o preservar el orden público o de conjurar su perturbación a causa de la *conmoción interior* o de la guerra exterior, limitaciones a las libertades de las personas, por medio de decretos con fuerza de ley, de tal suerte y que en su virtud, ellas ostentaban de ajustar o promulgar nuevas

reglamentaciones restringiendo las libertades en el cuadro territorial en el que ellas ejerzan sus competencias.

Tratábase, entonces, de la expedición de actos unilaterales de tipo legislativo, reglamentario o genérico y de carácter individual con una naturaleza especial, mirando a un fin que era el de asegurar la tranquilidad, evitando los desórdenes o asonadas, la seguridad o la salud públicas.

2. Desde ese punto de vista, por consiguiente, no hay duda de que el Decreto Legislativo 2201 de 1988, que reprodujo el decreto, también legislativo 1658 de 1985, al determinar que, mientras subsistiera el estado de sitio que regía en ese momento, los sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales que organizaran, promovieran, fomentaran o estimularan en cualquier forma, al margen de la ley, el cese total o parcial, continuo o escalonado, de las actividades normales de carácter laboral o de cualquier otro orden, recortó privilegios, prerrogativas o derechos tal vez reconocidos por disposiciones constitucionales o legales para épocas de regularidad institucional, y al facultar al Ministro de Trabajo y Seguridad Social para suspender la personería jurídica de esas organizaciones que en tal conducta incurriesen, obró de acuerdo a los cánones que regían la república en épocas de conmoción interior que llevaron a la declaratoria de estado de sitio. Las reglas para épocas de normalidad institucional, transitoriamente dejaron de regir. Porque es apenas obvio que en virtud de ello, podía el Gobierno suspender las leyes incompatibles con dichas circunstancias.

3. Habiendo, pues, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social establecido sumariamente que el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, Sintraelecol, había incurrido en tales conductas, por cuanto a través de aviso en la prensa fomentó y estimuló el paro de trabajo en el sector eléctrico al decir en él: "27 de octubre *todos los trabajadores eléctricos a la huelga general*" y que tal hecho se cumplió en las instalaciones de la Central Termoeléctrica de Cartagena, Termocartagena, lo mismo que en la Central Termobarranquilla (G-Tb) y en la Central de Termoguajira, pruebas a las cuales que sólo se hace la objeción de no tener carácter de plenas según el Código de Procedimiento Civil, no hay duda de que se hizo acreedor el nombrado sindicato -hoy actor- a la sanción señalada en los Decretos 1658 de 1985 y 2201 de 1988, y que al dictarlo sin antes ser oído en descargos los directivos o su representante legal, tampoco se quebrantaron normas *vigentes* de carácter superior, porque se

trataba de una medida extraordinaria de policía administrativa y no de una medida dictada en época de normalidad institucional.

4. Sin embargo, cuando el Ministro de Trabajo y Seguridad Social expidió la Resolución 4988 -26 de diciembre-, confirmando la número 4064 del 27 de octubre de 1988 para atender así el -recurso de reposición que en la vía gubernativa había interpuesto el sindicato sancionado, ya había sido expedido por el Gobierno- el Decreto Legislativo 2620 de 1988 -20 de diciembre- y de vigencia inmediata por su publicación en el "Diario Oficial" de la misma fecha, el Ministerio habrá perdido su competencia para ratificar o confirmar la sanción que impuso la suspensión de la personería jurídica de la organización sindical tantas veces mencionada. El Ministro, por ende, ha debido dejar sin efecto la sanción al desaparecer el apoyo jurídico transitorio de que estaba investido, pues al asimilarse la sanción a cuestiones punitivas, era aplicable el principio de "la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable." (art. 26, Cons. de 1886), como bien lo dice el apoderado de la parte actora.

5. Las dos resoluciones, que conforman un solo acto administrativo, ameritan ser anuladas, como se advirtió en el auto que dispuso su suspensión provisional. No hay duda acerca de que el agente público que profirió la última de ellas ya no tenía las atribuciones en ese campo; hay, en consecuencia, un vicio radical. La noción de competencia es la base de todo el derecho público y ningún agente público puede ejercer actividad distinta de la que el cuadro de su competencia le demarca, y afecta, por la razón explicada, el acto que había sido recurrido.

6. Hay lugar a acceder a las peticiones de la parte actora, máxime si se tiene en cuenta que la parte demandada -la Nación- no se ha opuesto a las mismas y que el Ministerio Público ha solicitado que se falle a ese tenor.

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. Decláranse nulas las Resoluciones 4064 de 27 de octubre de 1988 y la 4988 de 26 de diciembre de 1988, dictadas por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por las cuales se suspendió por el término de un año la personería jurídica del Sindicato de Trabajadores de la Electri-

cidad de Colombia, Sintraelecol, y se confirmó esta medida, respectivamente.

Segundo. Una vez ejecutoriada esta providencia comuníquese al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que haga las anotaciones del caso en el archivo sindical.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintiuno de enero de mil novecientos noventa y tres.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO / SANCION / DESTITUCION - Procedencia

De la lectura de los cargos y de la diligencia de descargos, se deduce inequívocamente que algunas de las conductas del demandante encajan en la causal de destitución establecida en el numeral 5 del artículo 15 de la Ley 13 de 1984, y otras en la causal siguiente. Si lo anterior es así, como incontestablemente lo es, la autoridad nominadora estaba en la obligación de ordenar la destitución del actor, sin que le fuera dado valorar eventuales circunstancias atenuantes de responsabilidad, pues la mencionada ley ordena que en todo caso las 34 conductas allí enlistadas, entre las que se encuentran las endilgadas al actor, dan lugar a destitución, lo cual determina que en ningún caso tales faltas pueden generar una sanción diferente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 1º de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Joaquín Barreto Ruiz.*

Ref.: Expediente número 5104.

Asuntos municipales.

Actor: Víctor Manuel Celemín Varón.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por Víctor Manuel Celemín Varón contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 3 de mayo de 1990, por medio de la cual le negó, entre otras peticiones, la de nulidad de los Decretos 1551 y 1640 del 25 de noviembre y 26 de diciembre de 1988, respectivamente por medio de los cuales se le destituyó del cargo de Comandante de Bomberos de Ibagué.

En los hechos de la demanda relató el actor su vinculación con el mencionado municipio; que en enero de 1988 por denuncia presentada por Gilberto Hernando Zamora Duque se abrió una investigación en su contra, por la Personería Municipal, por presuntas irregularidades de tipo administrativo en el desempeño de sus funciones, la cual culminó con la expedición de la Resolución 040 de 17 de mayo de 1988 que solicitó al Alcalde impusiera al demandante la sanción de destitución: que dicha resolución fue recurrida en reposición, la que fue negada por Resolución 059 del 30 de agosto siguiente; que durante el curso del proceso disciplinario el Personero fue recusado, pero este funcionario omitió las recusaciones, con clara violación de los artículos 30 del C.C.A. y 12 del Decreto 482 de 1985; que en el recurso de reposición no se practicaron las pruebas solicitadas llevándose de calle el Personero los derechos de defensa de que tratan los artículos 26 de la Constitución Política de 1886, 12, literal b) de la Ley 13 de 1984 y 13 del Decreto 482 de 1985.

Respecto de los actos acusados, se planteó en el libelo demandatorio que como consecuencia de las resoluciones expedidas por el Personero, la Alcaldía emitió la Resolución 0149 del 23 de septiembre de 1988 ordenando abrir investigación disciplinaria contra el actor. Con base en los mismos hechos investigados por la Personería y suspendiéndolo provisionalmente del cargo por el término de 30 días calendario prorrogables hasta por otro tanto, quebrantándose así el artículo 10, inciso 2 de la Ley 13 de 1984 y el artículo 11 del Decreto 482 de 1985 que expresamente prohíben que se abra una nueva investigación por conductas que ya han sido objeto de sanción; que la mencionada resolución 0149 fue notificada irregularmente el día 10 de octubre de 1988, sin que aparezca firmada por el notificador o el secretario, suspensión que curiosamente se aplicó a partir del 25 de septiembre anterior o sea 15 días antes de ser notificado; que de la lectura del artículo 3º de la citada Resolución 0149 se colige que el investigador solamente tenía facultades para practicar unas pruebas y comunicarlas al inculpado, pero no para cerrar la investigación y rendir el informe correspondiente, so pena de incurrir en clara y manifiesta extralimitación de funciones que fue lo que hizo; que debe tenerse presente en relación con el hecho anterior, el artículo 7º de la Ley 13 de 1984 y se transcribe su texto; que el mismo funcionario investigador fue quien suscribió el oficio de comunicación correspondiente a la iniciación de la acción disciplinaria, lo cual está en abierta contraposición con el artículo 25 del Decreto 482 de 1985, según el cual el investigador debe preparar dicha comunicación para que la

suscriba el funcionario nominador, incurriéndose en otra extralimitación de funciones, agregándose que el Alcalde omitió comunicarle al investigador la designación como tal; que así como cuando un subalterno firma una providencia que debe firmar el Magistrado no hay providencia, de la misma manera la falta de la firma del Alcalde en la comunicación implica que no se dio aviso a la Procuraduría General de la Nación y en consecuencia tanto el aviso ilegal como el resto de la investigación son nulos; que los términos de suspensión provisional del actor como de investigación se ampliaron sin haberse vencido violándose el artículo 35 del Decreto 482, toda vez que al investigador no se le había vencido el término ni él solicitó la prórroga; que si se asume que ratificar es confirmar lo dicho o denunciado anteriormente, se deduce que dentro de este nuevo proceso disciplinario que comenzó con la Resolución 0149, Gilberto Hernando Zamora Duque no es denunciante; luego la mal llamada ratificación debe tenerse como inexistente por sustracción de materia, o sea que falta la formalidad del origen de la denuncia; que el oficio que contiene los cargos nunca llegó a manos del actor, contrariándose el artículo 32 del Decreto 482, cuyo texto se violó íntegramente porque, además, no se llevaron a cabo las diligencias que allí se ordenan cuando el empleado está suspendido, en orden a entregarle personalmente el oficio de cargos; que el 16 de noviembre de 1988 el actor fue llamado por teléfono a su casa por un funcionario dependiente de la Secretaría de Gobierno, para que se presentara al despacho del Secretario y una vez allí se le informó que se trataba de la diligencia de descargos, la cual se inició el 16 de noviembre a las 2 y 30 p.m., y se terminó el 17 de noviembre a las 20 horas y 50 minutos, sin que en dicha acta aparezca la suspensión de la diligencia, que se produjo el día 16 a las 7 p.m. y reanudada el día siguiente a las 9 a.m.; que esta diligencia además de los vicios anotados carece de toda validez ya que el actor no fue avisado del pliego de cargos, pretermitiéndose este requisito fundamental; que si por alguna eventualidad los descargos rendidos tuvieren validez, debe tenerse en cuenta la negativa del investigador para practicar las distintas pruebas solicitadas y aportadas por el actor en los descargos y en el oficio de 18 de noviembre de 1988; que también fueron negados los testimonios de las personas que el actor citó en los descargos y a quienes les consta los hechos investigados que la negativa probatoria se sustentó con el falso argumento de que no eran pertinentes, conducentes ni vitales para el esclarecimiento de los hechos, violándose los artículos 12 y 13 del Decreto 482 que consagran el derecho de defensa; que el Alcalde omitió completamente el artículo

41 de este decreto y en su lugar de manera caprichosa procedió a enviar el expediente a la Comisión de Personal, respecto de la cual se plantea que no se sabe cómo se integró ni cuál fue su origen, pero que en todo caso fue muy "eficiente" ya que a pesar de que le dieron 10 días para resolver el asunto sólo necesitaron 4 días para cumplir la orden de destitución y advierte sobre algunas circunstancias de la celeridad con que actuó la Comisión de Personal; que el Decreto 1551 de 1988 fue elaborado el mismo día 25 de noviembre en que fue entregado el concepto de la aludida Comisión a las 7 p.m. el cual constituye una prosaica transcripción de todos los hechos imputados malintencionadamente por el denunciante, lo cual significa que sobró toda la investigación; que como consecuencia de las denuncias temerarias que hizo el Personero por la radio y la prensa contra el actor, le causó a éste ingentes y enormes perjuicios económicos y morales, al ponerlo en ridículo social ante toda la comunidad por los presuntos hechos que él nunca cometió; que el verdadero cargo ocupado por el demandante fue el de Comandante de Bomberos - Nivel E - Código 14- Sección Cuerpo de Bomberos dependiente de la Secretaría de Gobierno y, sin embargo, la destitución recayó contra el Comandante del Cuerpo de Bomberos Oficiales de Ibagué dependiente de la Secretaría de Gobierno Municipal; que es criterio del apoderado del demandante que el actor "no ha sido destituido toda vez que el cargo desempeñado por él quedó incólume frente a los efectos de los Decretos 1551 y 1640 de 1988, cuya destitución se refiere a un cargo distinto. En derecho las cosas se deshacen como se hacen" y, finalmente, que la investigación es a todas luces inequitativa, ilegal e injusta, por cuanto se desconoció de plano el derecho de defensa; que se quebrantó el espíritu y objetivo del régimen disciplinario; que se desconocieron con saña y de manera indolente y alevosa las circunstancias de atenuación de la responsabilidad consagradas en el artículo 42 del Decreto 482 de 1985, como haber observado buena conducta anterior, haber obrado con motivos nobles y altruistas y haber sido un leal servidor de la comunidad durante largos años con una hoja de vida impoluta.

También contiene la demanda un capítulo denominado "Concepto de violación" en el cual se afirma que los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder, pues no fueron proferidos con la finalidad del buen servicio público, sino motivados por el interés de perseguir al actor; que en el Personero Municipal de Ibagué era evidente el ánimo de persecución, demostrado ampliamente en la parcialidad en el proceso, a través de la práctica caprichosa y la inexistente apreciación del acervo

probatorio; que igual procedimiento irregular se puede predicar de las resoluciones que profirió el Personero, con violación de la Ley 13 de 1984 y el procedimiento regulado en el Decreto reglamentario 482 de 1985, en desmedro de la correcta administración de justicia; que tanto es así que en las resoluciones del Personero como en los decretos acusados se hizo caso omiso de las recusaciones formuladas contra dicho funcionario, así como de las pruebas solicitadas por el demandante, las cuales eran fundamentales para el esclarecimiento de los hechos, violándose así el legítimo derecho de defensa del inculpado.

La sentencia apelada. Sostiene el Tribunal que la demanda le imputa a los actos acusados los vicios de procedimiento irregular y desviación de poder; que no toda irregularidad procesal puede constituir motivo de nulidad, pues para ello es necesario que se pretermita el procedimiento o que la informalidad haya sido determinante para tomar la decisión o que al no existir ésta el resultado habría sido otro, que si bien es cierto se cometieron ciertas irregularidades al tramitarse el proceso disciplinario y al efecto cita algunas, ellas no influyeron para las decisiones demandadas y si se consideraran fallas procedimentales se debió acudir a la declaración de nulidades procesales y a los recursos autorizados por la ley; que no se pretermitió el procedimiento ni se afectó el derecho de defensa del demandante; se dan las razones por las cuales el Tribunal no puede analizar y decidir la legalidad de las resoluciones expedidas por el Personero, concluyéndose que dicha investigación se relacionó con hechos diferentes de los que originaron los actos acusados; que el investigador no excedió sus facultades y que no tiene respaldo probatorio la afirmación de haber sido destituido de un cargo diferente; que al no haber hecho uso el actor de los medios defensivos en el proceso disciplinario consintió en varias irregularidades que no podían considerarse motivos de nulidad en lo contencioso administrativo; y, finalmente, el Tribunal consideró que no estaba demostrada la desviación de poder.

Vista fiscal. El Ministerio Público estimó que el libelo demandatorio adolece de falta de técnica por no explicarse el concepto de la violación, lo cual sería suficiente para que la Agencia Fiscal solicitara la confirmación del proveído apelado. Compartió algunas de las razones expuestas por el Tribunal, y solicitó la confirmación de la sentencia apelada.

CONSIDERA LA SALA

1. Lo primero que debe estudiar la Sala se relaciona con la afirmación del actor, en el sentido de que no fue destituido porque su cargo quedó

incólume frente a los actos acusados, que se refieren a un empleo diferente.

Ocurre, sin embargo, que si el empleo que desempeñaba el accionante hubiera quedado incólume, como se afirma, no tendrían sentido alguno las pretensiones de nulidad de los actos acusados y de reintegro al servicio que él formuló.

Para la Sala la diferencia en el nombre del cargo que resalta la demanda, no tiene la trascendencia que ella misma le atribuye.

2. En relación con la falta de técnica de la demanda planteada por el Ministerio Público, consistente en la ausencia de explicación del concepto de la violación de las normas que se invocan como infringidas, observa la Sala que en el "Concepto de la violación" se explican algunas de las causales de nulidad, y los razonamientos sobre la violación de algunas normas obran en la relación de los hechos del libelo demandatorio.

Luego, la demanda sí es útil para ser estudiada de fondo, al verificarse que cumple con la exigencia que el Ministerio Público echa de menos.

3. De otro lado, advierte la Sala que como la presente acción versa sobre la validez de los Decretos 1551 y 1640 ya mencionados, resultan inocuos los ataques que la demanda dirige contra las actuaciones y omisiones que le atribuye al Personero del Municipio de Ibagué, entre los cuales se encuentran los contenidos en los hechos 5º, 6º y 18, en el segundo párrafo del concepto de la violación (fl. 124) y en el último (fl. 125).

4. *Presunta violación del artículo 10, inciso segundo, de la Ley 13 de 1984 y del artículo 11 del Decreto 482 de 1985,* por haberse abierto una nueva investigación "por conducta que ya han sido objeto de sanción".

Para la Sala esta causal de nulidad no está llamada a prosperar teniendo en cuenta que la investigación que adelantó la Personería de Ibagué y que culminó con la solicitud de destitución contra el actor, no fue ejecutada por la administración municipal demandada, vale decir, que como al demandante no se le había impuesto sanción alguna por los hechos investigados, bien podía el nominador ordenar se abriera otra investigación aun por los mismos hechos.

5. *Presunta extralimitación de funciones del funcionario investigador,* por haber cerrado la investigación y rendido informe.

La Sala observa que la acusación no resiste el menor análisis, pues cuando el artículo 7º de la Ley 13 de 1984 dispone que la investigación

se hará por las personas que señale el jefe del organismo o de la dependencia regional respectivas y "dentro de los términos que se le señalen" para el efecto, se está refiriendo a la competencia para fijarle al comisionado el plazo o término de que dispondrá para cumplir con su función; pero no está ordenando que le enumeren las actuaciones que debe o puede adelantar, y que por ende era indispensable que el investigador hubiera sido expresamente facultado para cerrar la investigación y presentar el informe respectivo.

6. *Extralimitación de funciones por haber firmado el investigador el aviso a que se refiere el artículo 25 del Decreto 482 de 1985.*

Verifica la Sala que evidentemente el funcionario investigador fue quien suscribió el aviso a la Procuraduría General de la Nación sobre la iniciación de la investigación disciplinaria contra el actor (fl. 6) y no el Alcalde de Ibagué quien designó al investigador, como lo dispone aquella norma.

Sin embargo, dicha actuación no puede tener el alcance de invalidar los actos acusados, porque ella no atentó contra el derecho de defensa del actor, tampoco fue el medio para recaudar alguna prueba ilegalmente ni se violó alguna norma sustancial que hubiera determinado la decisión adoptada en el acto definitivo y, en suma, la Procuraduría sí tuvo conocimiento de la iniciación de la investigación que es lo que a la postre busca el mandato del artículo 2º del Decreto 482 de 1985.

7. *Presunta violación del artículo 35 del Decreto 482 de 1985.*

Igualmente, la Sala verifica que la ampliación del término de la investigación (fl. 21) no se llevó a cabo *una vez vencido el plazo* inicialmente fijado (fl. 3) sino con mucha antelación, habiéndose así anticipado la decisión a la oportunidad señalada en el mencionado artículo 35.

Sobre el particular, caben las mismas consideraciones anteriores, porque es intrascendente que dicha ampliación se haya llevado a cabo con anticipación, pues ello no afectó el derecho de defensa del inculpado, ni determinó, como es obvio, la decisión final. Es una irregularidad intrascendente frente al derecho sustancial y a lo sumo, como en el caso anterior, podría comprometer la responsabilidad de los funcionarios descuidados, pero no generar la nulidad de los actos acusados. Aquí, al igual que en el punto anterior, el actor se limita a denunciar la violación de la disposición y a resaltar que se trata de normas de orden público que

no pueden ser modificadas por ninguna persona o autoridad distinta del propio legislador, siendo que por tratarse de normas reglamentarias esa tarea no es propia del legislativo, sino del Presidente de la República.

La causal de nulidad, tampoco puede prosperar.

8. *Presunta violación del artículo 32 del Decreto 482 de 1985*

Sobre este punto no demostró el demandante que la firma que aparece al final del folio 31, que correspondía al folio 27 del expediente administrativo, fuere de persona distinta, como se afirma. Además, en la diligencia de descargos se le puso de presente al actor que se le había entregado personalmente el pliego de cargos (fl. 32), sin que al respecto hubiera hecho manifestación alguna.

En las condiciones anteriores resulta intrascendente tratar de averiguar si al demandante se le envió el telegrama a que se refiere la norma.

Esta causal de nulidad tampoco prospera.

9. *Presunta violación de los artículos 41 y 42 del Decreto 482 de 1985.*

Se acusan los actos de destitución por haberse omitido la calificación de las faltas, como leves o graves y por haberse desconocido las circunstancias de atenuación de la responsabilidad por haber observado el actor buena conducta anterior, haber obrado con motivos nobles y altruistas y haber sido un leal servidor de la comunidad durante largos años de su vida con una hoja de vida de servicios impoluta.

Es cierto que no se hizo la calificación que alega el demandante, pero jurídicamente ello es inocuo frente a las faltas imputadas.

En efecto, de la lectura entre otras piezas de los cargos y de la diligencia de descargos, se deduce inequívocamente que algunas de las conductas del demandante encajan en la causal de destitución establecida en el numeral 5 del artículo 15 de la Ley 13 de 1984, y otras en la causal siguiente.

Si lo anterior es así, como incontestablemente lo es, la autoridad nominadora estaba en la obligación de ordenar la destitución del actor, sin que le fuera dado valorar eventuales circunstancias atenuantes de responsabilidad, pues la mencionada Ley 13 en su artículo 15, ordena *que en todo caso* las 34 conductas allí enlistadas, entre las que se encuentran las

endilgadas al actor, *dan lugar a destitución,* lo cual determina que en ningún caso tales faltas pueden generar una sanción diferente.

Luego, estas causales de nulidad tampoco prosperan.

10. *Presunta violación de los artículos 12 y 13 del aludido Decreto 482.*

Igualmente, es cierto que el funcionario investigador no sólo negó expresamente las pruebas solicitadas mediante el oficio de folio 51, sino que tampoco llamó a declarar a las personas que el querellado solicitó en la diligencia de descargos.

Ocurre, empero, que de la lectura tanto de la diligencia de descargos como de la petición probatoria de folio 51, deduce la Sala que las pruebas pedidas por el encartado se dirigían no a desvirtuar los hechos imputados, sino a demostrar los motivos nobles y altruistas que a su juicio enmarcaron su conducta, o sea circunstancias atenuantes de su responsabilidad, lo cual como ya quedó visto, para casos como el *sub judice*, es intrascendente, porque la ley no las admite.

11. *Presunta desviación de poder.*

En el expediente no hay prueba alguna que demuestre que el funcionario que destituyó al demandante, lo haya hecho teniendo en cuenta no los motivos correspondientes a la competencia disciplinaria, sino con la finalidad de perseguirlo.

De otro lado, suponiendo en gracia de discusión que estuviere acreditado que el ánimo del Personero de Ibagué cuando profirió las aludidas Resoluciones 040 y 059 fue el de perseguir al actor, ello sería ineficaz para invalidar los actos acusados que no fueron expedidos por dicho funcionario sino por otro.

Consecuentemente, esta causal de nulidad tampoco puede prosperar

12. *Otras presuntas irregularidades.*

En los hechos 8º, 10 segundo párrafo, 12, 14, 16 y 17, se denuncian otras irregularidades pero sin que el actor hubiera invocado norma alguna como infringida.

En las condiciones que se dejan expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada.

SECCION SEGUNDA

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 3 de mayo de 1990 en el proceso promovido por Víctor Manuel Celemín Varón, contra el municipio de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 21 de enero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ABANDONO DEL CARGO / INSUBSISTENCIA - Procedencia / PROCESO DISCIPLINARIO

No se demostró que la remoción del actor se adoptara como correctivo disciplinario, puesto que la conducta que expresa el nominador al Ministro de Gobierno como justificativa de su remoción (ausencia injustificada al trabajo durante una semana), si en verdad se dio, constituye razón del buen servicio, que a la luz del ordenamiento jurídico viabiliza la desvinculación laboral de los funcionarios públicos, sean o no de carrera, a través del mecanismo del abandono del cargo, sin que ello impida hacerlo utilizando impropiamente la figura de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción. De igual modo, ese comportamiento se erige en motivo válido para proseguir en su contra un proceso disciplinario, no para decretar el abandono del cargo, sino para aplicarle la condigna sanción por incumplimiento de sus deberes como funcionario oficial, sin que para ello fuera óbice el hecho de haber sido separado del servicio mediante el mecanismo de la insubsistencia, por cuanto el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción no impide el del poder disciplinario, de ahí que la acción puede seguirse aun hallándose el inculpado separado del servicio público.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 3 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela G.*

Ref.: Expediente número 3967.

Actor: Héctor Alfonso León Ponguta.

Ante el Tribunal Administrativo de Boyacá y por conducto de apoderado, el señor Héctor Alfonso León Ponguta en ejercicio de la

acción de restablecimiento del derecho solicita se declare la nulidad de la Resolución 000252 de 20 de marzo de 1986 por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Secretario General, Grado 015 de la Beneficencia de Boyacá y a título de restablecimiento del derecho pide su reintegro a ese cargo y el pago de los salarios y demás prestaciones dejados de devengar (fls. 33 y 34).

Los hechos en que se sustentan las pretensiones, se sintetizan así:

Desde el 25 de junio de 1985, el actor se posesionó del cargo mencionado y el 30 de diciembre de ese mismo año, por medio de comunicación interna, el síndico de la entidad encargó al doctor Fabio Alfonso Hurtado Neira, Asesor Jurídico, de dicho empleo mientras duraba la ausencia del titular a quien le había concedido permiso para ausentarse de él.

El 7 de enero de 1986 el demandante reasumió sus funciones las que desempeñó hasta el día en que fue declarado insubsistente. Empero, a partir de aquella fecha el síndico tejió a su alrededor un ambiente desagradable a fin de presionarlo a renunciar y fue tal el interés de la administración de separarlo del servicio que el Gobernador de Boyacá, con oficio número 020 de 20 de febrero de 1986 pidió al Director de la CAR que lo nombrara en esa entidad y el mismo síndico ordenó a la Caja de Previsión Social de Boyacá practicar los exámenes médicos de ingreso a la persona que lo sustituiría en su empleo, con un mes de antelación a su remoción.

Continúa relatando el demandante que el 8 de marzo de 1986, en estado de ira y en forma amenazante el síndico de la entidad le manifestó que si no renunciaba lo destituiría por haberse negado a firmar una resolución por medio de la cual se aclaraban y se asignaban numeraciones de unos actos administrativos expedidos por la entidad y que mediante la resolución enjuiciada se declaró insubsistente su nombramiento del referido cargo.

Como disposiciones violadas invoca los artículos 16, 17, 20, 21, 26, 51 y 63 de la anterior Constitución Política, 53 y 70 del Decreto 1221 de 1986, 36, 44, 47 y 48 del Decreto 01 de 1984, 6º y 8º del Decreto 2400 de 1968, 107, 125, 126 ordinal 1º y 127 del Decreto 1950 de 1973, los Decretos 17, 32 de 1960 y 0514 de 1985 del Departamento de Boyacá, el artículo 22 numeral 5 del Decreto 0715 de 1979 y la Directiva Presidencial 01 de 1986, sobre cuyo concepto de violación discurre a folios 40 a 46.

El Tribunal del conocimiento en la sentencia impugnada negó las súplicas de la demanda al considerar, en primer término, que ni la suscripción de la resolución demandada por un Secretario *ad hoc*, ni la falta de indicación de los recursos que en su contra cabían, generan su nulidad, pues la función del Secretario es dar fe del acto administrativo o jurisdiccional que emana de la autoridad respectiva y que su actuación no forma parte sustancial del mismo y por cuanto siendo el acusado un acto condición, carece, como todos los de su rango, de recursos por la vía gubernativa, de modo que la omisión anotada no incide en la oportunidad del particular de hacer uso de tales recursos, pues no se puede "suprimir lo que no existe, en otras palabras, no puede quitarse un derecho que no se tiene, en el caso del acto condición no podrá impedirse el derecho de un recurso que no procede" (fl. 159).

Luego señala el *a quo* que la ilegalidad de la notificación "no alcanza a viciar el acto, la órbita de su influencia, se halla enteramente determinada por el cumplimiento y oponibilidad de la gestión administrativa; ese fue el alcance lógico propuesto por el legislador en el artículo 48 del C.C.A. al preceptuar que las gestiones administrativas no pueden cumplirse si previamente no se han publicado o notificado en legal forma. Cosa diferente sería si el legislador hubiese dispuesto que la falta de notificación o publicidad del acto administrativo sería suficiente para tenerlo como nulo, como ello no se expresó, la falta de notificación o indebida publicación del acto no vicia en consecuencia la legalidad del acto" (fls. 159-160).

A continuación puntualiza que las causas de la declaratoria de insubsistencia del accionante expuestas en la comunicación dirigida por el nominador al Ministerio de Gobierno requiriendo su autorización para ello, resultaron probadas en el proceso, ya "que el demandante se ausentó de su cargo por lo menos desde el 30 de diciembre de 1985 y el 7 de enero del año siguiente, época durante la cual fue necesario la designación de un Secretario General *ad hoc*, pues no se podía prescindir de la facultad secretarial que avala los actos de la autoridad" (fl. 162).

Además, señala el Tribunal que tal como lo manifestó el síndico, también existieron otras razones que justificaban esa medida, las cuales se hacen "notorias con el llamado de atención que se sucede al Secretario General por la demora en cumplir con el arreglo de enumeración de unas resoluciones irregularmente ordenadas. Según el memorando cursado al Secretario General, la situación estaba pendiente desde el día 20 de

febrero de 1986, y la petición de autorización para la insubsistencia se cursa el día 26 con lo que se configura el nexo que ha de atar los motivos reales con los motivos formales" (fl. 162).

De acuerdo con lo expuesto, concluyó el fallador que no se presentaba la falsa motivación alegada por el actor, así como tampoco la desviación de poder endilgada al expedidor de la resolución acusada, toda vez que carece de veracidad la aseveración de que el acto demandado constituye una destitución de carácter sancionatoria", por cuanto "la distancia cronológica predicable a un permiso, que valga resaltarlo, no tiene el carácter ni de falta ni de abandono del cargo porque ya se dijo, fue en un todo consentido por el nominador del agente, no puede erguirse como una falta disciplinaria que ameritara investigación mediante las pautas del proceso disciplinario; a su vez, el actor no probó para el fin propuesto, que su insubsistencia se anticipara a la preclusión de un trámite disciplinario puesto que las constancias de la Contraloría del Departamento simplemente están demostrando que el demandante no fue sancionado pecuniariamente pero no la existencia de un proceso disciplinario" (fl. 164).

Y refuerza su aserto anotando "primero que los trastornos realizados por la gestión del demandante, con cuyo auspicio se solicita autorización para removerlo, constituyen un verdadero incidente disciplinario, y segundo que de haberse iniciado la investigación disciplinaria, el demandante viene a ser despedido (sic) antes de la conclusión del informativo. Como ni una ni otra cosa se demostró, la Sala no puede entrar a presumir subjetivamente situaciones que no alcanzan a superar el estadio de simple sugerencia" (fl. 164).

Por último el Tribunal sostiene que por carecer de autenticación la carta de presentación del actor al Gerente de la CAR, remitida por el Gobernador del Departamento de Boyacá carece de valor probatorio; que nada se acreditó respecto de los exámenes médicos practicados anticipadamente a la persona que lo sustituyó en su empleo y que el argumento de la animadversión del síndico Gerente contra el actor "únicamente alcanzó los límites de la sugerencia, los testimonios en este sentido no fueron totalmente explícitos y una prueba así confeccionada resulta inepta para estribar una decisión que reclama plena y real certeza" (fl. 165).

Y concluye señalando que no se demostró que se hubiere configurado la desviación de poder a que se alude en el libelo.

Contra la sentencia comentada la parte actora interpuso el recurso de apelación, arguyendo inicialmente que no era del caso tildar la demanda de antitécnica porque no se demostró la infracción directa o indirecta u oblicua de las normas, toda vez que el fallador estaría "exigiendo una técnica de casación que no es exigible a este tipo de demandas, pues su obligación es la de interpretarla si presenta algún punto, con poca (sic) claridad" (fl. 173).

Luego señala que tampoco lo era rechazar los argumentos de la impugnación que se fundamentan en las irregularidades de la notificación del acto acusado, con el expediente de que éste no requería notificación, pues "con lo anterior el Tribunal desconoció materialmente el acto impugnado, en el sentido de ser una destitución disfrazada de insubsistencia. El cual como destitución se requería las formalidades que se le imputan en la demanda" (fl. 173).

Critica el planteamiento esgrimido por el *a quo* para desechar el segundo cargo contra la resolución enjuiciada, con base en que "se ausentó con permiso de la oficina entre el 30 de diciembre de 1985 y el 7 de enero de 1986, y que por tanto el motivo se encuentra probado". (fls. 173-174), pues considera que "el Tribunal no observó que en las fechas antes indicadas únicamente existieron tres días hábiles los cuales contaron con la ausencia del Sindico-gerente, es decir, valoró mal la prueba, pues el motivo aducido por la entidad se refiere a una semana posterior a las fechas indicadas, lo cual se probó no es cierto" (fl. 174).

Por último, el recurrente indica que al no admitir la configuración de la desviación de poder por no haberse probado la existencia de un proceso disciplinario en su contra, se está dando "un sentido inverso al derecho de defensa, pues no era necesario probar la existencia de un proceso administrativo disciplinario, sino que esta necesidad surgía del carácter del acto administrativo, por ser lo conducente antes de la desvinculación, ya que, insisto en el fondo se trató de una destitución disfrazada de insubsistencia. Además de la prueba testimonial, surge el ánimo desviado del señor Síndico-gerente" (fl. 174).

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado en la vista reglamentaria opina que la sentencia impugnada debe ser confirmada por cuanto siendo el accionante un empleado de libre nombramiento y remoción podía ser removido, como lo fue, en ejercicio de la facultad discrecional que a ese efecto ostenta la administración y porque carece de fundamento la censura que se apoya en la ilegalidad de la decisión impugnada por

haberse adoptado sin adelantar previamente un proceso disciplinario, puesto que aun cuando en la innecesaria solicitud de autorización para disponer la insubsistencia del actor, se hace referencia a un presunto abandono del cargo por espacio de una semana, la verdad es que tal proceder no amerita adelantar el proceso que se echa de menos para el sólo efecto de prescindir del empleado, pues sólo se impone tramitarlo cuando con el abandono se perjudica el servicio.

Finalmente, la Agencia del Ministerio Público señala:

> "Tampoco era necesario, como lo asevera el demandante, notificar el acto que declaró la insubsistencia ni advertir los recursos que procedían contra él, pues ni es susceptible de recurso alguno y bastaba la comunicación que de él se hizo" (fl. 195).

Agotado el trámite del recurso de alzada y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidirla, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero anotar que la Sala, por estimarlo innecesario, se abstendrá de analizar los reparos del recurrente acerca de los comentarios del *a quo* sobre la forma como se plantearon los cargos contra el acto acusado, por cuanto a pesar de ello, en la sentencia, uno a uno se estudian los motivos de impugnación expuestos en la demanda y, precisamente por considerar que eran ineficaces para desvirtuar la legalidad de la resolución de insubsistencia, se negaron las pretensiones del actor.

Concretándose entonces a las otras razones de la censura del fallo, dirá la Sala que acierta el Tribunal al aseverar que ni la firma de la providencia enjuiciada por un Secretario *ad hoc*, ni las deficiencias que se destacan en relación con la manera en que se cumplió la diligencia de su notificación, generan la nulidad de ésta, por cuanto la firma del Secretario, trátese de la del titular del cargo o de la de uno *ad hoc*, es tan sólo un requisito de forma de los actos administrativos pero no de su esencia, de suerte que así la resolución de mandada careciera de la rúbrica de ese funcionario, ello no afectaría su legalidad.

De otra parte, en el evento de que, según el ordenamiento jurídico, fuera imprescindible notificar el acto de declaratoria de insubsistencia de los funcionarios de libre nombramiento y remoción como lo era el actor, que no lo es, ya que de acuerdo con lo preceptuado en el último inciso del

artículo 1º del C.C.A. sus normas no son aplicables cuando del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción se trata, la omisión de indicar en la diligencia de notificación de tal acto los recursos que contra él cabían, en sí misma considerada, no origina tampoco su invalidez, puesto que también éste es un formalismo procedimental y no una condición inherente a la naturaleza del acto administrativo. Además, en el presente caso, ello no fue óbice para que el accionante acudiera oportunamente a esta jurisdicción a impugnar dicho acto y para que se trabara la contención que ahora ocupa la atención de la Sala.

Cabe advertir, igualmente, que el rechazo de los anteriores planteamientos del impugnador no implican, como lo sugiere, el desconocimiento de la condición de destitución disfrazada de insubsistencia que, en su sentir, tiene la resolución demandada.

En efecto, tal juicio del recurrente resulta infundado en virtud de que no se acreditó que su remoción se adoptara como correctivo disciplinario, puesto que la conducta que expresa el nominador al Ministerio de Gobierno como justificativa de su remoción, (ausencia injustificada al trabajo durante una semana) (fl. 30), si en verdad se dio, constituye razón de buen servicio, que a luz del ordenamiento jurídico viabiliza la desvinculación laboral de los funcionarios públicos, sean o no de carrera, a través del mecanismo del abandono del cargo, sin que ello impida hacerlo utilizando impropiamente la figura de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción. De igual modo, ese comportamiento se erige en motivo válido para proseguir en su contra un proceso disciplinario, no para decretar el abandono del cargo, sino para aplicarle la condigna sanción por incumplimiento de sus deberes como funcionario oficial, sin que para ello fuera óbice el hecho de haber sido separado del servicio mediante el mecanismo de la insubsistencia, por cuanto el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción no impide el del poder disciplinario, de ahí que la acción puede seguirse aun hallándose el inculpado separado del servicio público.

Por lo demás, aunque la ausencia del demandante de su sitio de trabajo se hubiera prolongado por un lapso que hubiera justificado su desvinculación del servicio por abandono del cargo, tampoco había sido menester adelantarle previamente un proceso disciplinario, por cuanto basta que se dé la ausencia injustificada al trabajo del empleado, para que proceda esa declaración.

SECCION SEGUNDA

En lo concerniente al reproche que el recurrente hace a la valoración realizada por el fallador de las pruebas relacionadas con los días en que se ausentó del trabajo, la Sala se ve precisada a anotar que con base en el contingente probatorio allegado al proceso, es imposible aceptar, como lo pretende el demandante, que tal ausencia se justificó en virtud de que gozaba de permiso concedido al efecto por el síndico general de la Beneficencia de Boyacá.

En verdad las pruebas que obran en el expediente sobre el particular no dan plena certeza sobre el particular.

De la testimonial puede inferirse que ciertamente como lo afirma el libelista, la administración le otorgó permiso para no asistir al trabajo. Sin embargo, la fecha exacta de los días de permiso, no logra establecerse plenamente, por cuanto no hay constancia escrita de su concesión y los deponentes no son categóricos en este aspecto de sus asertos, ni éstos son coincidentes o uniformes, no sólo en cuanto a los días en que se le concedió permiso, sino en lo referente a las fechas en que el actor no concurrió al trabajo.

Así, aunque el testigo María Angela Carvajal Balaguera C., sostuvo que el actor laboró hasta el 30 de diciembre de 1985, la realidad es que lo deduce "porque nosotros (sic) nos reunimos el 24 de diciembre a tomar vino con otros compañeros entre ellos estaba la doctora Clemencia Rodríguez y el doctor Samuel Gómez, nos reunimos en la oficina de él para hacer unas tarjetas, el 30 también volvimos a reunirnos allí para celebrar la finalización del año". (fl. 81 cdno. 2). Y cuando se le concreta a referirse al permiso, manifiesta: "Estando reunidos el 30 en la oficina del doctor León tomando vino, en ese momento entró el Gerente y le preguntó algo al doctor León relacionado con la oficina, algunos papeles, después el doctor León le dijo, entonces vuelvo y le recuerdo doctor lo del permiso para ir a atender asuntos relacionados con la salud de mi hijo, yo me acuerdo (sic) que el Gerente le contestó, sí, listo tómeselo doctor, eso ya está arreglado y como dije anteriormente el siete volvió a hablar con él en la mañana" (fl. 82 cdno. 2).

Por su parte, la señorita Ana Pureza Barreto Abaunza al ser interrogada sobre si le constaba que el accionante disfrutó de permiso a partir del 30 de diciembre de 1985, respondió: "Lo que me consta es que el doctor León disfrutó de su permiso que le habían concedido porque (sic) en la época en que yo estaba, él pasó el permiso pero no sé si se lo concedieron

por (sic) que yo salí de la beneficencia el 27 de diciembre de 1985 dejé de trabajar a partir de esa fecha" (fl. 102 cdno. 2).

El doctor José Gabriel Suárez Borrás le pregunta: "¿Manifieste al Despacho si le consta o no que el doctor Héctor León Pongutá (sic) laboró en la Beneficencia de Boyacá en forma continua hasta el día 31 de diciembre inclusive de 1985? ¿Cómo (sic) y si después de esa fecha hizo uso de permiso, siendo su reintegro el día siete de enero de 1986 en las horas de la mañana?, respondió así: Sí, el doctor Héctor León Pongutá trabajó en forma continua, hasta la fecha en que (sic) yo me retiré que fue el ocho (8) de enero de 1986, como prueba yo puedo testificar que estuve con él el día 24 de diciembre en compañía de la doctora María Angela Carvajal, de la doctora Clemencia Rodríguez, de Gustavo Bohórquez y algunos otros funcionarios en el Despacho de la Secretaría de la Beneficencia y ellos, el doctor Pongutá y los asistentes estaban arreglando las firmas de una tarjeta para hacerle un regalo al señor Gobernador, era una tarjeta musical. "Y después nos brindaron un trago de vino o de champaña nos lo tomamos y nos fuimos, el día 27 de diciembre también estuvimos reunidos con el doctor Pongutá, quien estaba desempeñando en forma normal sus funciones de Secretario de la Beneficencia" (fl. 76 cdno. 2).

El testigo Gustavo Bohórquez que, a diferencia de los anteriores, no tenía ninguna relación laboral con la Beneficencia de Boyacá o con institución adscrita a ella, sostiene que: "En diciembre que yo sepa no estuvo en ningún permiso, porque las veces que yo vine a Tunja (sic) hablé con él en la oficina, en enero, yo vine el siete de enero en las horas de la mañana a preguntarle si era cierto que habían botado a José Suárez y él me dijo que no, porque no había firmado ninguna resolución" (fl. 79, cdno. 2).

Analizadas las declaraciones anteriores, fuerza concluir, que no dan la certeza absoluta sobre los días en que el accionante contó con permiso de la administración para ausentarse de su trabajo durante todos los días en que faltó a él, ya que dos de ellos aseguran que trabajó sin interrupción los últimos días de diciembre y los primeros siete de enero; otros que disfrutó de permiso a partir del 30 de diciembre de 1985 y su secretaria, la señorita Barreto Abaunza, aunque asevera que disfrutó de permiso, acto seguido, señala que supo que lo pidió, pero no sé si se lo concedieron.

A lo anterior, se suman las explicaciones del accionante al Síndico de la Beneficencia, en escrito fechado el 8 de enero de 1986, en los siguientes términos:

"Respetado doctor Perico:

En atención a nuestra conversación del día de ayer en su despacho, comedidamente me permito informarle el motivo de inasistencia a mis labores en los días anteriores, se debió al imperante motivo de atender la salud de mi hijo Germán Alberto, quien sufre una insuficiencia renal crónica y se encuentra en la etapa de evaluación general preparatoria para transplante renal, razón que le expuse al solicitarle el permiso que usted amablemente me concedió y por lo cual le reitero mi agradecimiento.

Espero señor Gerente, se sirva comprender esta especial situación que me ha correspondido atender desde hace varios años" (fl. 8).

Del texto del documento se infiere:

1º Que el nominador solicitó explicaciones al actor por su inasistencia al trabajo en los días inmediatamente anteriores al 7 de enero, lo que no tendría sentido si por esos días le hubiera concedido permiso para retirarse del cargo, como sí reconoce el mismo demandante le había sido otorgado por las circunstancias familiares que en su concepto justificaban su ausencia más allá de los días de permiso.

2º Que el doctor León Pongutá era consciente de que no contaba con la aquiescencia del nominador para faltar a su trabajo en tales días, porque de otra suerte, carecería de sentido la exposición de las razones que motivaron su inasistencia y quedaría fuera de contexto el haber requerido especial comprensión de la situación familiar que relató, puesto que esta petición denota el interés de conseguir una legalización a *posteriori* de su proceder.

En resumen, las pruebas analizadas y las afirmaciones del apoderado de la parte demandada, evidencian que ciertamente la administración concedió permiso al actor para ausentarse del sitio de su trabajo a finales del año de 1985, pero no se sabe por cuántos días aunque ha de suponerse que fue por tres, por cuanto legalmente no podía hacerlo por más, ni en qué fecha debía disfrutar de ese permiso.

Pero también las mismas piezas probatorias demuestran que además de los días de permiso, el demandante se ausentó sin causa justificada de su trabajo durante otros más, sin poder precisar cuántos.

Por ende, fuerza concluir que sí se dio la razón invocada por el nominador para disponer la insubsistencia del accionante, la cual, a juicio

de la Sala, no desarmoniza con la noción del buen servicio público, pues dada la posición jerárquica del cargo que ocupaba, no era conveniente para la administración avalar conductas que riñen con las normas reguladoras de administración del personal de las entidades oficiales.

Empero, debe puntualizarse que se equivocó el Tribunal al señalar como fundamento de la remoción del demandante la tardanza en firmar la resolución a que alude el síndico de la Beneficencia en el escrito visible a folio 15, por cuanto de su contenido se infiere que para el 26 de febrero de 1986, fecha en que este funcionario explicó por qué era menester removerlo (fl. 30) no se había configurado el retardo en su tramitación ya que le habían enviado la resolución respectiva, el 20 de ese mes y el síndico hasta ese momento no había calificado como moroso el proceder del accionante.

Careciendo de fundamento válido la censura de la sentencia y hallándose demostrado que la declaración de insubsistencia no fue el resultado del capricho o de la arbitrariedad de la autoridad nominadora, pues se repite, las razones invocadas fueron ciertas, menester es concluir que no se acreditó la desviación de poder alegada en el libelo.

De acuerdo con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 30 de octubre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el proceso promovido por Héctor Alfonso León Pongutá contra la Beneficencia de Boyacá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 21 de enero de 1993.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro (ausente); *Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES / FABRICA DE LICORES DEL ATLANTICO / EMPLEADOS PUBLICOS - Clasificación / EXCEPCION DE ILEGALIDAD

Por disposición del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, invocado por el libelista y que la jurisprudencia ha estimado puede aplicarse a nivel territorial, los empleados de la Fábrica de Licores, por pertenecer a la administración central, son empleados públicos, a menos que se trate de trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas, en cuyo caso son trabajadores oficiales. El artículo 4º del Decreto 38 bis de 1976, mediante el cual se dispone que se consideran empleados públicos y no trabajadores oficiales, aquellos servidores de la fábrica cuyo cargo implique el ejercicio de mando, representación, confianza y manejo y se señalan concretamente tales cargos, encuentra la Sala que sí es palmariamente contrario al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, porque a contrario **sensu** ***prescribe que los demás son trabajadores oficiales y según el citado artículo 5º, esta condición, en tratándose de la administración central sólo está atribuida por la ley a los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, que no es la actividad a que se dedica la fábrica de licores.***

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 5 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número 4284.

Apelación sentencia.

Actor: Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Licores del Atlántico.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de noviembre de 1988 pronunciada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES:

El Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Licores del Atlántico, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico la nulidad del Decreto 038 bis del 2 de febrero de 1976 dictado por el Gobernador de dicho departamento.

En la demanda se señalan como normas quebrantadas por el acto acusado el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968; el artículo 4º del Decreto 1848 de 1969; el artículo 49 de la Ley 6ª de 1945; artículo 10 de la Ordenanza número 12 de 1972 y el numeral 5º del artículo 187 de la Constitución de 1886, desarrollando el concepto de violación de tales preceptos (fls. 75-80).

LA SENTENCIA:

El Tribunal en el fallo recurrido expresa que la Fábrica de Licores del Departamento de Atlántico no es una empresa industrial y comercial del orden departamental sino una dependencia de la Secretaría de Hacienda Departamental y que por ello sus servidores son empleados de la administración central y tienen la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción. Además, dice que la convención colectiva de trabajo celebrada en la Fábrica de Licores del Atlántico, sólo puede regular relaciones contractuales laborales y no es aplicable respecto de empleados públicos que se rigen por reglas de derecho público, con relación a la falta de competencia del Gobernador para hacer la clasificación en el acto demandado de los empleados departamentales, no analiza el cargo, porque el demandante no invocó norma violada alguna. Y concluye que el acto enjuiciado tiene respaldo en el artículo 194, ordinales 2 y 9 de la Constitución de 1886 (fls. 117-127).

LA APELACION

En la sustentación del recurso la parte actora insiste en que el acto demandado violó el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 en cuanto dispone que es en los estatutos de los establecimientos públicos y

empresas industriales y comerciales del Estado en donde se debe efectuar la clasificación de sus servidores; expresa que el acto enjuiciado viola el artículo 187 de la Constitución de 1886, pues el Gobernador no estaba facultado para clasificar los empleados oficiales de su departamento y mucho menos de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y tampoco recibió facultades de la Asamblea Departamental para expedir los estatutos de la Fábrica de Licores.

Finalmente sostiene que el acto acusado es violatorio del artículo 76, numeral 10 de la Constitución de 1886 y del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, normas que no le dan a los Gobernadores la atribución de clasificar a los servidores del departamento y de las entidades públicas autónomas del mismo orden (fls. 129-132).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, pide se revoque el fallo apelado y se acepten las súplicas de la demanda, expresando que según el numeral 5 del artículo 187 de la Constitución de 1886, a las Asambleas Departamentales les compete organizar la estructura del departamento y las funciones de las diferentes dependencias a iniciativa del Gobernador; que independientemente de la naturaleza jurídica de la Fábrica de Licores del Atlántico, el Gobernador no podía cambiar la modalidad de esa dependencia ni la propia estructura departamental; y que antes de la expedición de la Ley 3ª de 1986 y el Decreto 1222 de 1986, se aplicó a nivel regional el Decreto 3135 de 1968, pero en todo caso el Gobernador al hacer la clasificación del personal vinculado al departamento infringió el artículo 5º del artículo 187 de la Constitución de 1886 al interferir la estructura administrativa sin contar con la Asamblea (fls. 140-144).

Agotado el trámite del recurso y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El demandante funda la censura del decreto acusado en el hecho de que la Fábrica de Licores del Atlántico es una empresa industrial y comercial del orden departamental, pero no prueba su aserto y, por el contrario, según los Decretos departamentales 219 y 341 de 1967 que aportó con la demanda, la fábrica es una dependencia de la Secretaría de Hacienda del Departamento, como lo expresó el Tribunal.

En este orden de ideas, por disposición del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, invocado por el libelista, y que la jurisprudencia ha

estimado puede aplicarse al nivel territorial, los empleados de la Fábrica de Licores, por pertenecer a la administración central, son empleados públicos, a menos que se trate de trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas, en cuyo caso son trabajadores oficiales.

Por ello, a pesar de la imprecisión de la redacción del literal a) del artículo 1º del Decreto 38 bis de 1976 que expresa que la Fábrica de Licores del Atlántico es una "Empresa Oficial del Departamento del Atlántico" cuando en realidad no lo es, no encuentra la Sala que al prescribir que las personas vinculadas a ella están integradas a la administración departamental y sean de libre nombramiento y remoción del Gobernador, que es la parte acusada de su texto, sea violatorio del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, ni del artículo 4º del Decreto 1848 de 1969.

En cuanto al artículo 4º también acusado, mediante el cual se dispone que se consideran empleados públicos y no trabajadores oficiales, aquellos servidores de la Fábrica cuyo cargo implique el ejercicio de mando, representación, confianza y manejo y se señalan concretamente tales cargos, encuentra la Sala que sí es palmariamente contrario al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, porque a contrario *sensu* prescribe que los demás son trabajadores oficiales y según el citado artículo 5º esta condición, en tratándose de la administración central sólo está atribuida por la ley a los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, que no es la actividad a que se dedica la Fábrica de Licores.

De manera que el artículo 4º por ser violatorio de la ley, habrá de anularse.

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 veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en este proceso en cuanto denegó la nulidad del artículo 4º del Decreto 38 bis de febrero 2 de 1976 del Gobernador del Departamento del Atlántico.

2. *Declárase* la nulidad del artículo 4º del citado Decreto 338 bis de febrero 2 de 1976.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

SECCION SEGUNDA

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRINCIPIO DE PRECLUSION / PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD / COSA JUZGADA

Uno de los rasgos que dominan el derecho procedimental colombiano en cuanto a principios atañe son el carácter preclusivo del mismo y su eventualidad. El proceso se forma de segmentos o articulaciones dentro de los cuales se dictan decisiones contenidas en proveídos, las que deben ejecutarse, según las oportunidades del caso, de tal manera que, superados en el tiempo los respectivos segmentos, no puede volverse atrás cuando en ellos se han dictado clausurando así la etapa correspondiente. Por los principios de la preclusividad y de la eventualidad, se pierde, se extingue, se consuma una facultad procesal y, como ocurre en el evento en estudio, al haberse ejercido ya anteriormente esa facultad, no es posible volver sobre ella. Hay así una especie de cosa juzgada formal: lo decidido se convierte en "ley del proceso", y es imposible una nueva consideración respecto a las cuestiones que ha sido objeto de estudio y resolución.

TERMINOS - Perentoriedad / TERMINOS - Improrrogabilidad

El proceso está integrado, en cadena, por una serie concatenada de actuaciones realizadas por las partes y de proveídos dictados por el juez. De este modo, se busca la efectividad del derecho para los interesados, máxime si se tiene en cuenta que los pleitos o controversias no pueden prolongarse o perpetuarse con tendencia a la eternidad, sino que, antes por el contrario, ha de garantizarse, con el cumplimiento de las consecutivas etapas o segmentos, la llegada a la culminación normal o regular de todo proceso: la sentencia o fallo que ha de ponerle fin al mismo. Ese, y no otro, es el espíritu que informa el artículo 118 del C. de P.C., igual que otras disposiciones que se hallan dispersas en éste y en el Código Contencioso Administrativo. "Los términos y oportunidades señaladas en este

código -dice el mencionado artículo- para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.

INCIDENTES - Preclusión

El artículo 167 del C.C.A., hace reenvío expreso al C. de P.C. en cuanto a ellos concierne, y por eso se intitula: "Trámite, preclusión y efectos de los incidentes". Tan claro es lo que aquí se recuerda que el artículo 136 del C. de P.C., enseña: "El incidente deberá proponerse con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, y no se admitirá luego incidente similar, a menos que se trate de hechos con posterioridad". Este principio se repite para el de nulidad en el artículo 155 que expresa que la parte no puede oponer nulidad sino por hechos de ocurrencia posterior, y que la solicitud se rechaza de plano si se funda en hechos anteriores a otro incidente ya decidido y propuesto por la misma parte.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 8 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Sala de Decisión.

Ref.: Expediente número 4271.

Decretos del Gobierno.

Actor: Leoncio Rodríguez García.

Se resuelve por la Sala de Decisión el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto calendado a trece (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991) obrante a folios 792 y 793, dictado por la señora Magistrada sustanciadora, por medio del cual fueron rechazados por improcedentes los escritos presentados por el demandante el 30 de abril y el 5 de junio de dicho año y, así mismo, correr traslado a las partes por el término de diez días para que ellas presenten sus alegatos de conclusión y que, vencido esto último, pase al despacho del señor Fiscal 4º de la corporación para la vista de fondo correspondiente.

Ahora bien: según se narra en el encabezamiento del proveído objeto del recurso, mediante auto de veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa (1990) se había rechazado igualmente, por no estar cónsono con las reglas de procedimiento, *el incidente de nulidad* que también

había promovido el actor, "ya que el aspecto de competencia que se pretendía debatir *nuevamente*, había sido estudiado y decidido por la Sala para desatar el *recurso de queja* contra el auto del Tribunal Administrativo del Huila *que negó* el de *apelación contra la sentencia de 22 de junio de 1988* (los destacados no son del texto transcrito). Además -siguen diciendo los párrafos considerativos mencionados-, no obstante, la manifestación hecha al demandante para que se abstuviera de continuar entorpeciendo el normal desarrollo del proceso, *éste interpuso el recurso de súplica* contra el auto de 22 de octubre de 1990, pronunciándose la Sala de Decisión *en el proveído de 17 de enero de 1991 confirmando el auto suplicado."* (se vuelve a destacar).

Por último, dice el proveído que se impugna: "No satisfecho el demandante con esta decisión, presentó *tres nuevos escritos,* complementando el recurso de súplica, interponiendo el de reposición contra el auto de 17 de enero de 1991 de la Sala de Decisión, y un tercero pidiendo aclaración o complementación del auto citado, por lo que la Sala de Decisión se pronunció a través del proveído de 18 de abril de 1991, rechazando *el recurso de reposición y negando la aclaración y adición* del auto de 17 de enero de 1991. *Pero insiste el actor en plantear incidentes de nulidad por incompetencia del Consejo de Estado para conocer en segunda instancia* de este proceso en memoriales visibles a folios 750 y siguientes, lo que a todas luces es improcedente." (Se destaca).

La nueva súplica que en este momento resuelve la Sala, es sustentado en un largo escrito presentado en la secretaría de la Sección Segunda el 25 de junio de 1991 (fls. 795 a 813), en el cual reitera su opinión en torno a la incompetencia del Consejo de Estado para conocer del caso *sub lite* en segunda instancia, con similares argumentos, y solicita una vez más que se "decrete la nulidad por falta de competencia funcional ...", dado que, para la época -argumenta-, las normas procedimentales dedicadas al tema, ubican el asunto, según la cuantía, en única instancia radicada en el tribunal administrativo del caso, la que ya se surtió. Semejantes ideas usa el recurrente en el postrer memorial en el que recuerda la interposición del recurso de súplica que aquí ha de resolverse, *superados los obstáculos presentados por los incidentes de recusación de que da cuenta el expediente,*

SE CONSIDERA:

1. Unos de los rasgos que dominan el derecho procedimental colombiano en cuanto a principios atañe son el carácter preclusivo del mismo

y su eventualidad. El proceso se forma de segmentos o articulaciones dentro de los cuales se dictan decisiones contenidas en proveídos, las que deben ejecutarse, según las oportunidades del caso, de tal manera que superados en el tiempo los respectivos segmentos, no puede volverse atrás cuando en ellos se han dictado, clausurando así la etapa correspondiente. Por los principios de la preclusividad y de la eventualidad, se pierde, se extingue, se consuma una facultad procesal y, como ocurre en el evento en estudio, al haberse ejercido ya anteriormente esa facultad, no es posible volver sobre ella. Hay así una especie de "cosa juzgada formal"; lo decidido se convierte en "ley del proceso", y es imposible una nueva consideración respecto a las cuestiones que han sido objeto de estudio y resolución.

El proceso está integrado, en cadena, por una serie concatenada de actuaciones realizadas por las partes y de proveídos dictados por el juez. De este modo, se busca la efectividad del derecho para los interesados, máxime si se tiene en cuenta que los pleitos o controversias no pueden prolongarse o perpetuarse con tendencia a la eternidad, sino que, antes por el contrario, ha de garantizarse, con el cumplimiento de las consecutivas etapas o segmentos, la llegada a la culminación normal o regular de todo proceso: la sentencia o fallo que ha de ponerle fin al mismo. Ese, y no otro, es el espíritu que informa el artículo 118 del C. de P. C., igual que otras disposiciones que se hallan dispersas en éste y en el Código Contencioso Administrativo. "Los términos y oportunidades señalados en este Código dice -el mencionado artículo- para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario".

De semejante estirpe de principios es el procedimiento ordinario de que hablan los artículos 206 y siguientes del C.C.A. Como puede advertirse de su lectura y entendimiento, en ellos van marcándose esas etapas: Recibida la demanda y verificado el reparto, se dispone el auto que la admita, ordenándose lo que allí se indica, se arriba al término de fijación en lista, se abre el proceso a pruebas a petición de parte o de oficio, se da traslado para alegar, etc. Esas etapas o segmentos experimentan eclipses mediante los recursos ordinarios arts. 180 y ss.) o extraordinarios o por los incidentes, que también cuentan con sus propias reglas dominadas también por los principios de preclusividad y de eventualidad. Así, por ejemplo, si una de las partes quiere suplicar un auto del ponente y no lo hace en tiempo, no puede aspirar a que se le considere la súplica cuando ha precluido el término y el proceso ha seguido su camino.

2º Concretando el estudio del tópico al aspecto de lo que ocurre con los incidentes de nulidad, se observa cómo el artículo 167 del Código Contencioso Administrativo hace reenvío expreso al Código de Procedimiento Civil en cuanto a ello concierne, y por eso se intitula: "Trámite, *preclusión* y efectos de los incidentes". Tan claro es lo que aquí se recuerda que el artículo 136 del C. de P.C., enseña: "El incidente deberá proponerse con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, y *no se admitirá luego incidente similar,* a menos que se trate de *hechos ocurridos con posterioridad*" (se destaca). Como explica el doctor Hernando Morales Molina en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil" (sexta edición, pp. 421 y 422), hablando del incidente de nulidad, ellos "deben fundarse en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación y *sólo pueden reiterarse si se basan en hechos posteriores.* Este principio se repite para el de nulidad en el artículo 155 que expresa que la parte no puede oponer nulidad sino por hechos de ocurrencia posterior, y *que la solicitud se rechaza de plano si se funda en hechos anteriores a otro incidente ya decidido y propuesto por la misma parte".*

3º Dado entonces, como se ha visto, que el actor en múltiples oportunidades ha insistido en la nulidad del proceso por la misma causa, todas *anteriores* al incidente o recurso que solicita o interpone, la señora Magistrada ponente obró de acuerdo con la ley y a sus principios al rechazar por improcedentes los escritos que sobre el asunto presentó la parte demandante y al proveer que siga el curso regular del proceso, con los traslados para alegar y para la vista de fondo. De allí que la Sala de Decisión haya de confirmar el auto de trece (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991) en el sentido en que rechazó por improcedentes los escritos de 30 de abril y de 5 de junio de dicho año, presentados por la parte actora, y en el que se da término de traslado por diez (10) días para alegar y al Ministerio Público para la vista de fondo correspondiente.

Así mismo, como la conducta del abogado-actor, tal vez, configura falta de lealtad a la debida administración de justicia, al tenor de las voces del numeral 1 del artículo 52 del Decreto-ley 196 de 1971, ha de disponerse, igualmente, que se compulse, por la Secretaría, copia de las piezas del caso con destino al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Disciplinaria, para lo de su resorte.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión,

RESUELVE:

Confírmase el auto de trece (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991) dictado por la Magistrada Sustanciadora de este asunto.

Por la Secretaría, compúlsese copia de lo pertinente y, con nota remisoria, envíese al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Disciplinaria, para que se sirva adelantar la investigación pertinente respecto a lo explicado en el último párrafo de la parte considerativa de esta providencia.

Ejecutoriado el presente proveído, vuelva el expediente al despacho de la Consejera, doctora Clara Forero de Castro.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD - Régimen aplicable / JEFE SECCIONAL - Facultades / INSUBSISTENCIA

Las personas que están vinculadas a los Servicios Seccionales de Salud, si bien se consideran empleados del orden departamental, no son propiamente agentes del Gobernador, ni desarrollan sus funciones bajo su orientación. Los Servicios Seccionales de Salud, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 056 de 1975, están integrados al Sistema Nacional de Salud y sometidos a la dirección y administración de dichos sistemas, las normas que los regulan prevén que el jefe del servicio seccional de salud tenga la facultad de nombrar al personal de la sede del servicio de acuerdo con el estatuto de personal de salud, como dispone el literal j) del artículo 5º del Decreto 350 de 1975. Por su parte el artículo III del Decreto reglamentario 1468 de 1979, expresa que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento corresponde a la entidad nominadora, es decir, al jefe del Servicio Seccional de Salud.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 8 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Joaquín Barreto Ruiz.*

Ref.: Expediente número 5061.

Autoridades departamentales

Actor: Ariel Humberto Oróstegui Santander.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 23 de marzo de 1990 del Tribunal Administrativo de Santander en el proceso promovido por Ariel Humberto Oróstegui con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 1805 de 27 de octubre de 1987 expedida por el Secretario de Salud del Departamento de Santander, Jefe del Servicio Seccional de Salud, que declaró insubsistente su nombra-

miento en el cargo de médico general del consultorio dermatológico de la Unidad de Salud de Bucaramanga.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal del conocimiento denegó las pretensiones del accionante por considerar infundado el cargo de incompetencia del Jefe Seccional de Salud de Santander para expedir el acto acusado; intrascendente a efecto de su nulidad la circunstancia de que la resolución demandada no cuente con el visto bueno del Ministro de Salud por no ser éste un requisito *ad substanciam actus*, ya que no es dable admitir que por estipulación contractual se limite la facultad de nombramiento y remoción que a dicho funcionario le otorga la ley, visto bueno que, según el *a quo*, tendría sentido cuanto se trate de la vinculación de empleados al servicio seccional de salud pero no en el caso de su desvinculación y concluye, finalmente, que no se acreditó la desviación de poder endilgada al nominador.

EL RECURSOS

Al sustentarlo el apelante insiste en que si de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 194 de la anterior Constitución Política y el artículo 94 del Decreto 1222 de 1986, corresponde al Gobernador dirigir la acción administrativa en el departamento nombrando o separando a sus agentes y la Carta no faculta al ejecutivo para delegarla, como sí lo hace para el cumplimiento de otras atribuciones, no pueden los secretarios del Despacho de la Gobernación asumir funciones asignadas estrictamente al Gobernador. Consecuencialmente, el Secretario de Salud de Santander carece de competencia para remover funcionarios del orden departamental.

Reitera, igualmente, la tesis de que si conforme a la cláusula novena del contrato de reestructuración del Servicio Seccional de Salud de Santander, el nombramiento y la remoción del personal profesional y técnico de éste necesita para su validez el visto bueno del Ministerio de Salud, no puede el fallador aducir que ese requisito es necesario sólo para los nombramientos, pues con su observancia se pretende evitar "la desvinculación de un funcionario responsable calificado y con experiencia, para integrar a otros que sin demostrar su título, no reúnan las mismas calidades". (fl. 153).

Por último el recurrente señala que el *a quo* desconoció el valor probatorio de los testimonios obrantes en el proceso, toda vez que además

de demostrar sus calidades humanas y las de su labor profesional, sirven para evidenciar la falta de operatividad y la prestación deficiente del servicio por parte de los profesionales que lo reemplazaron, lo cual prueba el desmejoramiento del servicio; y que si el Tribunal consideró insuficiente su dicho, haciendo uso de su facultad discrecional, ha debido solicitar a la administración departamental que se manifieste acerca ¿de que si las personas que reemplazaron al actor cumplían los requisitos para sustituir "a un profesional de tan altas calidades?" (fl. 153).

Y concluye el censor:

"Está plenamente demostrado que Oróstegui Santander, tenía calidades humanas y profesionales para desempeñar el cargo de médico de la Unidad Dermatológica, que su servicio era prestado en forma eficiente, y que su desvinculación no fue de buen recibo por la Jefatura de Dermatología Sanitaria del Ministerio de Salud" (fl. 154).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En la vista reglamentaria la doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado sugiere que el fallo debe confirmarse, por cuanto la censura de incompetencia del jefe de Servicio Seccional de Salud de Santander para proferir la resolución enjuiciada carece de fundamento jurídico, porque fue el mismo funcionario quien efectuó los distintos nombramientos en cuya virtud el accionante ocupó varios cargos en esa seccional, de modo que no es de recibo la petición de restablecimiento del derecho.

También advierte la Fiscalía que no existe disposición que faculte para que en los contratos de integración de servicio de salud, se limite la facultad que tiene el nominador para nombrar y remover los empleados públicos que, como el actor, no están amparados por fuero que les ofrezca derecho a una relativa estabilidad en sus cargos y, por último, que no se demostró que el acto acusado se expidiera por razones diferentes de las del buen servicio público.

Cumplidas las ritualidades procedimentales atinentes y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir el presente recurso, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Son tres los fundamentos de la demanda sobre los cuales se insiste en el recurso de apelación:

SECCION SEGUNDA

1. *Incompetencia del Secretario de Salud, Jefe del Servicio Seccional de Salud, para proferir la resolución de insubsistencia.*

La censura se apoya en la transgresión del ordinal 2 del artículo 194 de la anterior Constitución Política y el numeral 2 del artículo 94 del Decreto 1222 de 1986.

Al respecto se observa que no existe la violación de estas norma, por cuanto las personas que están vinculadas a los servicios seccionales de salud, si bien se consideran empleados del orden departamental, no son propiamente agentes del Gobernador, ni desarrollan sus funciones bajo su orientación.

Los servicios seccionales de salud, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 056 de 1975, están integrados al Sistema Nacional de Salud y sometidos a la dirección y administración de dicho Sistema.

Las normas legales que los regulan prevén que el Jefe del Servicio Seccional de Salud tenga la facultad de nombrar al personal de la sede del Servicio de acuerdo con el Estatuto de Personal de Salud, como lo dispone el literal j) del artículo 5º del Decreto 350 de 1975. Por su parte el artículo 111 del Decreto reglamentario 1468 de 1979, expresa que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento corresponde a la entidad nominadora, es decir, al Jefe del Servicio Seccional de Salud.

Correspondiendo a la ley el señalamiento de las condiciones de acceso al servicio público, retiro o despido, según el artículo 62 de la anterior Carta, no aparece entonces que se hayan infringido el artículo 194 de la misma, ni el artículo 94 del Decreto 1222 de 1986, pues el legislador válidamente podía asignar a los Jefes de los Servicios Seccionales de Salud la facultad nominadora del personal que presta en ellos sus servicios, ya que no se trata de agentes del Gobernador ni de funcionarios que laboren bajo la dirección de ésta.

2. *Invalidez del acto demando por no llevar el visto bueno del Ministro de Salud.*

Sobre el particular reitera la Sala el criterio expuesto en múltiples oportunidades en el sentido de que la omisión en el cumplimiento de las estipulaciones contractuales relativas a la ulterior aprobación de la desvinculación de los funcionarios de los Servicios Seccionales de Salud, por el Ministro de Salud, carece de la virtualidad de viciar la legalidad de la declaratoria de insubsistencia, pues si las disposiciones reguladoras de

la administración de personal del Sistema Seccional de Salud, otorgan al nominador, para el caso al Jefe de los Servicios Seccionales (literal j, art. 5º del Decreto 350 de 1975), la función de nombrar y remover libremente a los empleados no amparados por fuero de relativa inamovilidad, como lo era el demandante, no es admisible, en forma alguna, que un contrato restrinja su ejercicio, porque ello implicaría otorgar a éste una posición jerárquica preferencial en la escala normativa cuando la ley, lógicamente ocupa un estrato jurídico superior.

Por tanto, las argumentaciones del actor y ahora recurrente, no son de recibo.

3. *Desmejoramiento del servicio.*

La Sala comparte los razonamientos del Tribunal, conforme a los cuales las pruebas allegadas al proceso no acreditan la configuración de este desmejoramiento.

En efecto, los testimonios recepcionados dan cuenta de que una vez removido el accionante, en su reemplazo se designaron dos galenos que deben laborar cada uno cuatro horas diarias, no exclusivamente en la atención de los pacientes afectados de la enfermedad de Hansen, sino que uno de ellos debe prestar sus servicios a las personas afectadas de enfermedades venéreas.

Sin embargo, esta nueva modalidad de prestación de servicio de los médicos que sustituyeron al doctor Oróstegui, *per se*, no implica que con su remoción se desmejorara el servicio que debía prestar el Consultorio Dermatológico, a pesar de la disminución del tiempo total dedicado a la atención médica a los afectados de lepra, en virtud de la disminución del respectivo horario, puesto que se desconocen los motivos que con base en la demanda de los servicios, disponibilidad de personal, prioridades en la atención de enfermedades, etc., tuvo la administración para tomar la determinación de efectuar la aludida modificación en la prestación de los servicios dermatológicos encomendados a la mencionada Unidad de Salud, que la llevaron a dirigir igualmente su acción hacia los enfermos de otra grave dolencia, como lo son las enfermedades venéreas.

Por las razones expuestas, tampoco puede admitirse como prueba del desmejoramiento del servicio público, el descontento manifestado por el jefe del Programa de Lepra a nivel nacional por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del accionante, por cuanto este funcionario sólo estaría en capacidad de conocer lo concerniente al programa

sometido a su dirección pero no las distintas actividades que el Servicio Seccional de Salud de Santander y específicamente la Unidad de Salud de Bucaramanga, debía desarrollar en las diferentes áreas de la medicina.

En este orden de ideas, resulta evidente que las pruebas allegadas al proceso no acreditan la desviación de poder endilgada al nominador.

Procede entonces, la confirmación de la sentencia apelada, denegatoria de las pretensiones del libelista.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 23 de marzo de 1990 por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso promovido por Ariel Humberto Oróstegui Santander, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 1805 del 27 de octubre de 1987, proferida por el jefe del Servicio Seccional de dicho departamento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 28 de enero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO - Efectos / ACLARACION DE VOTO - Improcedencia

El Decreto 1265 de 1970 sólo contempla la posibilidad de que el Magistrado disidente o discrepante salve su voto, con el fin de que quede a salvo su responsabilidad civil disciplinaria o penal y no porque la ley quiera permitirle que consigne su punto de vista diferente. De ahí que no está consagrada la posibilidad de aclarar el voto, en razón de que ello sólo tendría efectos puramente académicos. De otro lado, si en el momento de votar la providencia recurrida, ésta obtuvo tres votos, posteriormente no podía quien dijo que lo aclaraba, "salvarlo", por la potísima razón de que tal postura es inocua, frente a la decisión. De lo contrario, si tuviera validez y eficacia una providencia válidamente proferida con determinada cantidad de votos podría devenir en inexistencia por los "salvamentos" de voto posteriores a su adopción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.D., 8 de febrero de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Joaquín Barreto Ruiz.*

Ref.: Expediente número 7235.

Apelación interlocutorios.

Actor: Jefrey Alfonso Prada Díaz.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por Jefrey Alfonso Prada Díaz contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de agosto de 1991, por medio del cual se inadmitió la demanda.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Tiene como antecedente el auto de la Sala de Decisión de la Subsección del Tribunal que revocó la dictada por el Magistrado ponente, la cual

determinó que dicho Magistrado concediera a la parte demandante un término de cinco días para que subsanara las anomalías consistentes en que el poder no reunía los requisitos del artículo 62 del C. de P.C. y la petición formulada no se acomodaba a sus exigencias.

Consideró el proveído apelado que la parte actora no dio cumplimiento al auto que le concedió término para corregir las anomalías mencionadas, pues solamente se allegó un poder (fl. 45), pero no fue presentado personalmente como lo exige el artículo 65 del C. de P.C., en concordancia con el 142 del C.C.A. y no se allegaron los actos acusados.

Uno de los Magistrados dijo aclarar el voto (fl. 48), pero posteriormente dijo salvarlo (fls. 49 y 50).

El recurso. Relata y censura la expedición de la providencia revocada que profirió el Magistrado Ponente y afirma que la demanda sí fue corregida oportunamente, no obstante lo cual el auto recurrido sostiene que no lo fue y que el poder no se presentó personalmente; que el poder sí fue presentado personalmente, lo cual se desprende "de la presentación personal que también se le hizo a la adición de la demanda" (fls. 49 y 50), fechas que coinciden y en la cual está de acuerdo la parte actora con el salvamento de voto; que hubo exceso de procesalismo por el despacho sustanciador, lo cual se lleva de calle los derechos del actor a recurrir a las autoridades legalmente constituidas para que le diriman su conflicto con el Estado, desconociéndose los nuevos derechos consagrados en la actual Constitución Política, en especial los artículos 228, 229 y 230; dice finalmente, que debe tenerse en cuenta que fue descuido de los empleados de la secretaría al no haber dejado constancia de la presentación personal del poder de folio 45.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. Lo primero que advierte la Sala se relaciona con el "salvamento" de voto de la providencia recurrida. En el momento de suscribirse la providencia, posiblemente porque así ocurrió cuando se votó, se manifestó que se aclaraba el voto. Fue sólo en el momento de expresarse las razones de la aclaración cuando se dijo que era "salvamento" de voto.

Al respecto, las normas de procedimiento aplicables (C.C.A. y Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, Decreto 1265 de 1970) sólo contemplan la posibilidad de que el Magistrado disidente o discrepante salve su voto, con el fin de que quede a salvo su responsabilidad civil, disciplinaria y penal y no porque la ley quiera permitirle que

consigne su punto de vista diferente. De ahí, que en tales estatutos no está consagrada la posibilidad de aclarar el voto, en razón de que ello sólo tendría efectos puramente académicos.

De otro lado, si en el momento de votar la providencia recurrida, ésta obtuvo tres votos, posteriormente no podía quien dijo que lo aclaraba, "salvarlo", por la potísima razón de que tal postura es inocua, frente a la decisión. De lo contrario, si tuviera validez y eficacia una providencia válidamente proferida con determinada cantidad de votos podría devenir en inexistente por los "salvamentos" de voto posteriores a su adopción.

2. En el poder de folio 1, el asunto sobre el cual versaría no está determinado indicándose *expresamente* los actos administrativos que deben impugnarse, pero para la Sala sí lo está, de manera que no puede confundirse con otro asunto del mismo demandante o de un tercero. Obsérvese que, se sabe en forma clara quién será el demandante, quién la parte demandada y la razón de ser de la acción, ocasionada por la desvinculación del primero de la planta de personal de la segunda. Además, para la Sala podría haber confusión si el demandante hubiera tenido dos vínculos laborales con el ente demandado, lo cual es una hipótesis imposible, dado el contexto de la demanda.

En las condiciones que se dejan expuestas, este punto de la personería del apoderado no podía ser motivo de inadmisión de la demanda.

3. El otro tema objeto de controversia se relaciona con el cumplimiento o no de los requisitos establecidos en la ley para que el juez solicite el envío de los actos acusados o de sus constancias de publicación o ejecución, según el caso (art. 139).

Al respecto el Tribunal no pudo considerar el memorial de folios 51 y 52 de corrección de la demanda, porque se incorporó al expediente con posterioridad, por equivocación de la secretaría.

En dicho memorial, aunque no con la claridad deseada, el demandante sostiene que los documentos que había mencionado, refiriéndose tanto a los actos acusados como a otros, le era imposible aportarlos porque la demandada niega su expedición.

Consecuentemente, habiéndose corregido la demanda oportunamente en relación con la denominada "petición previa" gobernada por el artículo 139 del C.C.A., habrá la Sala de revocar el auto apelado y en su lugar, dispondrá lo pertinente sobre aquella petición, que se limitará a las

Resoluciones 3305, 3309 y 3330 mencionadas en la demanda, ya que el oficio 16465 se encuentra en original a folio 2 y los actos del Departamento Administrativo del Servicio Civil, no son objeto de acusación.

Finalmente, no dejan de llamar la atención de la Sala los múltiples errores cometidos por el Tribunal, que lamentablemente desdibujan la diligencia y cuidado con que deben ser atendidos los asuntos a su cargo.

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

RESUELVE:

Revócase el auto apelado proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de agosto de 1991 en el proceso promovido por Jefrey Alfonso Prada Díaz y, en su lugar, se dispone:

Líbrese oficio al *Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe*, para que remita copia auténtica de las Resoluciones 3305, 3309 y 3330 de 1990.

La determinación anterior deberá ser ejecutada por el Tribunal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 28 de enero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Requisitos / COPIA DEL ACTO / AFIRMACION BAJO JURAMENTO / CARGA DE LA PRUEBA

Sobre la afirmación bajo la gravedad de juramento prestada por disposición legal por el actor con la presentación de la demanda, consistente en que no habían sido entregados los actos acusados, es virtud de tal aserto la de trasladar la carga de la demostración de esos hechos, específicamente en cuanto al cumplimiento de la obligación de entregarlos por lo menos con un medio de prueba que soporte el contenido del documento probatorio contentivo de la notificación y del cumplimiento de las obligaciones concomitantes con ella, para desquiciar la afirmación del actor, como por ejemplo, copia del acto con suscripción de la diligencia de entrega de ellos, diligencia de notificación en folio integrante del acto y no separadamente, y otras de similar esencia; pues infortunadamente la Administración no siempre cumple con sus obligaciones o demora indebidamente su entrega. Así mismo, la jurisdicción ha de precaverse de las maniobras del interesado para sustraerse a los efectos de la caducidad procurando con el celo debido sopesar los hechos concretos en orden a tan delicado como trascendental suceso.

PROCESO DISCIPLINARIO / PLIEGO DE CARGOS / DESTITUCION / DERECHO DE DEFENSA / DEBIDO PROCESO / SANCION DISCIPLINARIA - Tipificación

En el proceso disciplinario es pieza fundamental el pliego de cargos, como lo ha sostenido la Sala en varios pronunciamientos, en cuanto concreta el reparo de la autoridad investigadora disciplinaria sobre la falta, el investimiento de la función, los hechos constitutivos de la violación, los medios probatorios de los extremos legales y fácticos allegados observando los derechos del debido proceso y de defensa sin lo cual no pueden imponérsele las sanciones legales definidas anteladamente por ellas. Por su carác-

ter general en el proceso disciplinario debe mostrarse la norma complementaria y especificadora de la conducta del investido para que el juzgamiento no adolezca de vicios por carecer de la tipificación de la falta y de lesión al derecho de defensa, que no puede hacerse en blanco,* in genere *o abstractamente, sino en concreto, como se imputó en el pliego de los cargos; sin corroboración no puede imponerse sanción, ni ella subvenir a su juicio de legalidad, no obstante se encuentre revestida de la presunción de su legalidad, devenida en litigiosa por su cuestionamiento ante el juez de la administración. Como la entidad demandada probó en el proceso disciplinario la atribución al inculpado de la obligación que se le achacó por incumplida, y dentro de este proceso los elementos de juicio no desvirtuaron sus fundamentos, es claro que la determinación disciplinaria no violó las normas citadas, que aplicó debidamente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 9 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente número 4323.

Asuntos nacionales.

Actor: Bernardo Valdés Gómez.

Decide la Sala la apelación propuesta por el actor y la Fiscalía contra la sentencia del 20 de octubre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento de Norte de Santander, por la cual negó las peticiones de la demanda de Bernardo Valdés Gómez.

I. ANTECEDENTES

1. *De la demanda*

Contiene la petición de nulidad de las resoluciones emanadas del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, números 00360 del 12 de febrero de 1987 por la cual se impuso a Bernardo Valdez Gómez, la sanción de destitución, como principal e inhabilidad accesoria para el desempeño de funciones públicas (fls. 15-17), y 00964 del 21 de abril de 1987, por la cual la confirmó al decidir el recurso de reposición contra la precedente (fls. 20-22); y la petición del restablecimiento del derecho, que hace consistir en el reintegro al cargo

en dicha Entidad o a otro de igual o superior jerarquía, el pago de los sueldos, gastos de representación, primas, subsidios y demás emolumentos que constituyan salarios, así como las prestaciones sociales inherentes al cargo, desde la fecha de desvinculación hasta el día de su reintegro; considerar como prestación efectiva de tiempo de servicios el lapso comprendido entre su desvinculación y el reintegro y comunicar a la Procuraduría General de la Nación la sentencia para los fines legales consiguientes.

1.1 *Los hechos*

El demandante fue vinculado a investigación, desencadenada por el denuncio del presunto punible de estafa, noticia dada el 19 de agosto de 1986 por la Auditoría interna del Himat que involucraba a funcionarios de la Regional número 2, regidos por él, contra los intereses de la Entidad y respecto de usuarios de los Distritos de Repelón y Santa Lucía, dado que los dineros recibidos de los usuarios no ingresaron a la Tesorería de la institución.

Como narran la demanda y los actos demandados, se le imputó al actor omitir su función de vigilar y salvaguardar los intereses del instituto "por permitir culposamente que se extraviara dinero de la institución o siguiera curso no reglamentario, a pesar de que en el marco de sus funciones estaba custodiar la operación administrativa y por lo mismo, los bienes que estarían representados por los dineros que debían ingresar ... por servicios de usuarios, omitiendo, además, también, de otra parte, en forma injustificada un acto propio de sus funciones" (fl. 16).

Durante la investigación disciplinaria, y en su demanda el sancionado expresó que no conoció el hecho ilegal de sus compañeros; que de haber tenido conocimiento de ello hubiera tomado las medidas disciplinarias del caso (diligencia de descargos, 7 de enero de 1987, fl. 16, citada en el acto acusado); y al contrario, la Entidad lo atribuyó a "una omisión en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y seguimiento de la labor administrativa de sus subalternos, ... que dio lugar a la comisión de graves hechos en la recaudación de los dineros de usuarios por parte de funcionarios a cargo del mismo ... que había sido informado de tales situaciones anormales por el Director Regional número 2 como consta en copia del memorando interno 181 del 9 de septiembre de 1985 (fl. 135 cdno. 2), en donde ... le solicita que adelante en forma inmediata la investigación contra el señor Maurys, orden que desatendió absolutamente" (fl. 16).

Para la entidad, el empleado según el pliego de cargos violó las siguientes normas: numeral 13 del artículo 15 de la Ley 13 de 1984, ordinales 3 y 13 del Capítulo V del Reglamento Interno de Trabajo para Empleados Públicos del Himat, el artículo 6º del Decreto 2400 de 1968, en la manera como arriba se dijo y, esas precisamente son las normas denunciadas como violadas por el libelista. En cuanto al reglamento por no haber sido "promulgado y no ser dable exigir su cumplimiento", y las restantes por cuanto no cometió falta alguna y no ha debido sancionárselo, a términos del artículo 20 de la Constitución de 1886, y porque se le atribuyó la omisión de un deber que legalmente no le correspondía realizar como Jefe de Sección de Operación, correspondiente sí a la Auditoría Interna o a los encargados del control fiscal.

Al intervenir el Instituto propuso como excepción la ineptitud de la demanda por no acompañar los actos acusados y la de caducidad, por cuanto la demanda se presentó sin esos documentos el 27 de agosto de 1987 (fl. 11); por auto del 14 de septiembre de 1987, el Magistrado Sustanciador "antes de la aceptación de la anterior demanda" los solicitó a la Entidad, lo cual se cumplió mediante despacho del 18 de septiembre siguiente (fl. 13) y tan sólo el 14 de octubre de 1987 llegaron al Tribunal, para que la demanda fuera finalmente admitida el 20 de octubre de 1987 (fl. 24).

2. *De la sentencia apelada*

La decisión mayoritaria, apartándose del concepto fiscal, fue adversa al actor porque la halló fundada en el incumplimiento de la obligación de supervisar el correcto desarrollo de las actividades de registro y control de los usuarios, según el manual de funciones (fl. 105), omitidas en desmedro de los deberes que le imponía el Decreto 2400 de 1968, en el uso de su autoridad y de la ejecución de las órdenes que pudiera impartir, sin que en ningún caso quedara exento de la responsabilidad que le incumbe por la que corresponde a sus subordinados (fl. 106). Sobre las excepciones, las desestimó fundado en el concepto de la Fiscalía.

El salvamento de voto se detiene en las calidades requeridas para el ejercicio del cargo, relativas a la Ingeniería Agrícola, la Agronomía o la Agrología, diversas de las Ciencias Contables, por lo cual no era indicado endilgarle al actor una indagación sobre los ilícitos o irregularidades con dinero del Himat, si no haber solicitado a la propia Dirección General la correspondiente investigación, para condescender con la petición de la

Fiscalía en la errada interpretación de la ley aplicada y acceder a las peticiones de la demanda (fls. 111-112).

2.1 *La apelación*

La Fiscalía apeló la sentencia porque es del criterio de que no hubo omisión en la conducta del actor, que la función contable no le estaba atribuida, tanto que se detectó por las quejas de los usuarios campesinos (fl. 114), y no existe evidencia de la falta por no haber investigado a un subalterno pues no existe prueba de haber recibido tal documento.

Por su parte el actor, luego de transcribir las funciones del cargo, culmina aseverando que ellas se dirigen a la explotación de las tierras y por ello sus exigencias académicas, recalcando carecer de funciones de auditoría o de contabilidad, apoyándose en las observaciones de la Fiscalía y del salvamento de voto, y para referirse, ya de salida, a que no existe en el disciplinario prueba sobre la recepción del memorando disponiendo la investigación sobre el empleado Maurys, desplazando la carga de la prueba al instituto (fls. 116-120).

En el transcurso de la segunda instancia la Entidad demandada insiste en sus puntos de vista sobre la legalidad de los actos acusados y sobre la excepción de caducidad (fl. 126-127) y el Fiscal 4º del Consejo de Estado, compartiendo la decisión sobre las excepciones, opina que debe accederse a las peticiones haciendo suyas algunas de las apreciaciones del Fiscal del Tribunal, pues no estaba dentro de las funciones del demandante la auditoría de los bienes percibidos por la Entidad y mal se le podría deducir responsabilidad en el extravío de los dineros (fls. 129-135).

II. CONSIDERACIONES

1. *Sobre las excepciones*

Entre las excepciones previas del sistema procesal civil por la época de la integración de esta relación procesal según el inciso final del artículo 97 del C. de P.C., se permitía argüir la caducidad, instituto definido como el término legal dentro del cual se debe ejercer válidamente el derecho de acción y como una extinción y derogatoria de la jurisdicción en un evento concreto por consecuencia del acto del interesado y en defensa de la seguridad jurídica.

En la jurisdicción contencioso-administrativa regía el artículo 136 que según la redacción del Decreto 01 de 1984 señalaba el plazo de caducidad en materia de las acciones de "restablecimiento del derecho",

actual acción de "nulidad y restablecimiento del derecho", en cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación y ejecución del acto, según el caso y si el demandante no es una entidad pública, pues respecto de ellas será de dos (2) años.

Disponía el régimen particular de la caducidad en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y en el proceso ordinario específicamente, que el ponente por auto susceptible de reposición expondría los defectos de la demanda para que el actor los corrigiera "en el término de cinco (5) días, *siempre que éste no quede comprendido en el de caducidad;* si no lo hiciere *o no fuere posible la corrección en razón de la caducidad, no se admitirá la demanda"* (hemos destacado); configurando las normas de control sobre la formalidad de la demanda y la aportación de sus anexos obligatorios y respecto del término de caducidad, realizado por el juez, o a través del recurso de reposición y complementado con el recurso de alzada según el número 1 del artículo 181 de la misma obra, si la demanda se inadmitía; o bien al proponer la demanda la caducidad como excepción perentoria del derecho de acción, o como consecuencia del influjo del derecho procesal civil, denominándola como "previa"; y por su naturaleza pública, declarable oficiosamente por el juez en la sentencia de las respectivas instancias.

2. El artículo 139 del C.C.A., según el Decreto 01 de 1984, impone la obligación de presentar con la demanda "una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso", relevándole de esa carga procesal cuando "el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación" expresándolo así bajo la gravedad del juramento y con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o del periódico en que se hubiere publicado, con el objeto de que "se solicite por el ponente antes de la admisión de la demanda". Estas reglas acompasan con la obligación legal de la administración cuando notifica actos administrativos escritos, según el inciso 5 del artículo 44 del C.C.A., de entregar "al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita", sin duda en orden a permitirle el ejercicio de sus medios impugnativos por la vía gubernativa, y las acciones jurisdiccionales.

En consecuencia, resulta que "no se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos y las formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción" (art. 143).

3. Fundada en las anteriores premisas, la Sala encuentra en el expediente que sobre la afirmación bajo la gravedad del juramento prestada por disposición legal por el actor con la presentación de la demanda, consistente en que no le habían sido entregados los actos acusados -no obstante la aportación de la diligencia, notificación del último de ellos- (fl. 2 anexo de la demanda) documentada en folio separado a los de las resoluciones, coincidente en todo con uno de los enviados por la demandada a instancia del *a quo*, es virtud de tal aserto la de trasladar la carga de la demostración de esos hechos, específicamente en cuanto la cumplimiento de la obligación de entregarlos, por lo menos con un medio de prueba que soporte el contenido del documento probatorio contentivo de la notificación y del cumplimiento de las obligaciones concomitantes con ella, para desquiciar la afirmación del actor, como por ejemplo, copia del acto con suscripción de la diligencia de entrega de ellos, diligencia de notificación en folio integrante del acto y no separadamente, y otras de similar esencia; pues, infortunadamente la Administración no siempre cumple con sus obligaciones o demora indebidamente su entrega. Así mismo, la jurisdicción ha de precaverse de las maniobras del interesado para sustraerse a los efectos de la caducidad procurando con el celo debido sopesar los hechos concretos en orden a tan delicado como trascendental suceso.

En tal sentido no procede reconocer a la demandada las excepciones de inepta demanda por falta de documentos anexos, y la de caducidad; pero no sobre la interpretación prohijada por el *a quo* sino en cuanto la demandada no desvirtuó el testimonio del actor relacionado con el incumplimiento de su obligación y contener, al contrario, el expediente documentos que sustentan su aserto.

2. *Sobre la demanda*

4. Preveía la Carta Política de 1886, vigente por la época de la presentación de la demanda, el mandato general según el cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en los derechos allí enunciados, así como para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado entre ellos los de sus propias autoridades -y de los particulares- (art. 16 C.N.), concordante con el artículo 20 en cuanto determinaba la forma como respondían las autoridades por infracción de la Constitución y de las leyes, por extralimitación de sus funciones o por omisión en el ejercicio de éstas, y correspondiente al mandato del artículo 63, según el cual "no habrá en

Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento".

El objetivo de las normas disciplinarias parte del sistema de administración de personal, aunque doctrinariamente se debata sobre su naturaleza, es, por designio del legislador, "asegurar a la sociedad y a la Administración Pública la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos y las garantías que les corresponden como tales" (art. 1° Ley 13 de 1984, norma debatida en este asunto), donde se protegen los sujetos y los objetivos de la administración pública, sin desconocimiento de las obligaciones del Estado y de sus servidores, así como sus derechos para cuyo fin se conceptúa la noción de falta disciplinaria (art. 13 *id*), se califican las sanciones (art. 14 *id*), se clasifican éstas según las "faltas" (art. 15, *ejusdem*), se determina la competencia para sancionar (art. 16 *idem*) , los derechos del funcionario inculpado (art. 12, *loc. cit.*), y el procedimiento (arts. 7º, 8º, 9º, 18, 19 de la Ley 13 de 1984).

El investigado está amparado de las garantías del estado de derecho, que no pueden serle cercenadas, según las cuales responde por la infracción de la Constitución y de las leyes en general, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas, cuyo ámbito específico indican al constituyente o el legislador cuando desarrolla aquélla al expedir la ley; o el acto ejecutivo, administrativo o reglamentario las precisa según las distintas actividades de la función pública, en orden al imperio de la garantía constitucional de su juzgamiento "por motivo previamente definido en las leyes", de consuno con el texto de la Carta anterior (arts. 23 y 26 C.N.).

En el proceso disciplinario se observa una relación normativa que parte de lo genérico a lo específico: del texto de la Constitución y de la ley, como mandatos generales y abstractos sustentadores del sistema institucional, a la normatividad derivada, iniciándose de nuevo en la Carta Superior y en la ley, al reglamento que en cumplimiento de los precedentes van delimitando y concretando en cada oficio o destino público en particular, las funciones y atribuciones del agente, obligaciones que jura cumplir al obedecer aquéllas y por ello puede infringir específicamente por acción, por extralimitación o por omisión, en los grados de culpabilidad que determinan las mismas reglas.

Cuando se juzga al servidor público también se le imputan la violación de la Constitución y de la ley; empero debe hacerse en concreto

respecto de su conducta específica, pues nada autoriza su juzgamiento disciplinario en desmedro de su igualdad ante el orden jurídico, el cual debe demostrarse que violó, activa u omisivamente respecto de la obligación concreta que debía cumplir, sin que pueda válidamente atribuírsele una responsabilidad general y abstracta frente a la Constitución o a la ley; al contrario, es preciso que el Estado a través del investigador demuestre el investimiento previo y concreto de la función y sobre ella deducirle las responsabilidades derivadas de su conducta. De esta carga impuesta por el constituyente en el artículo 26 de la Carta derogada, el Estado no puede relevarse en el proceso disciplinario por cuanto en él no es admisible el sistema de responsabilidad objetiva o de culpabilidad presumida.

Así el legislador haya distinguido los regímenes de responsabilidad civil, penal y disciplinaria (art. 7º Dec. 482 de 1985) el juzgamiento relacionado con la observación y cumplimiento de las normas reguladoras de la función pública, algunas de medio o de conducta y otras de resultado, se alcanza mediante la descripción de las conductas, ontológicamente por actuaciones humanas traducidas en formas verbales, entendidas, como las palabras de la ley en su sentido natural a falta de una especial definición, a menos que se refieran a una ciencia, técnica o arte específicos, o a ramas del saber y del comportamiento humanos calificadas en sus diferentes grados de culpabilidad, gravedad o levedad, en las cuales subyace el elemento subjetivo y cognoscitivos conectivo del hecho con el sujeto inculpado.

En el proceso disciplinario, por lo mismo, es pieza fundamental el pliego de cargos, como lo ha sostenido la Sala en varios pronunciamientos (sent. 15 de febrero de 1991, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno. Exp. 11709) en cuanto concreta el reparo de la autoridad investigadora disciplinaria sobre la falta, el investimiento de la función, los hechos constitutivos de la violación, los medios probatorios de los extremos legales y fácticos allegados observando los derechos del debido proceso y de defensa sin lo cual no pueden imponérsele las sanciones legales definidas anteladamente por ellas.

Por su carácter general en el proceso disciplinario debe demostrarse la norma complementaria y especificadora de la conducta del investigado para que el juzgamiento no adolezca de vicios por carecer de la tipificación de la falta y de lesión al derecho de defensa, que no puede hacerse en blanco, *in genere* o abstractamente, sino en concreto, como se imputó en

el pliego de los cargos, sin corroboración no puede imponerse sanción, ni ella subvenir a su juicio de legalidad, no obstante se encuentre revestida de la presunción de su legalidad, devenida en litigiosa por su cuestionamiento ante el juez de la administración.

5. Descendiendo a la solución de las peticiones del actor, observa la Sala que refieren los cargos violaciones constitucionales tácitas, así como legales y reglamentarias concretadas en el quebrantamiento, bajo el grado de responsabilidad en su forma de "culpa", respecto del "numeral 13 del artículo 15 de la Ley 13 de 1984, artículo 6° del Decreto-ley 2400 de 1968, y ordinales 3 y 13 del numeral 3 del Capítulo V del Reglamento Interno de Trabajo para los empleados Públicos del Himat" (fl. 16), por "permitir culposamente que se extraviaran dineros de la institución o siguiera curso no reglamentario, a pesar de que en el marco de sus funciones estaba custodiar la operación administrativa y por tanto, los bienes que estarían representados por los dineros que debían ingresar al Instituto por ser vicios a usuarios, omitiendo, además, también, de otra parte, en forma injustificada un acto propio de sus funciones" (fl. 16).

En el expediente reposa certificación del propio Instituto (fl. 84) relacionada con las resoluciones determinantes del Reglamento Interno de Trabajo para empleados públicos del Himat, las cuales "nunca han sido publicadas en el Diario Oficial" por lo cual no se pueden atribuir esas violaciones específicas; como tampoco aparece constancia de la publicación de la Resolución 01515 del 04 de agosto de 1986, descriptiva de las funciones del cargo cuyas violaciones se imputaron al actor y sobre las cuales se erige la sentencia apelada (fls. 78 a 80) especialmente en su numeral 7.

Y no carece de sustento el fallo en la afirmación de la demandada referente a la omisión del demandante en adelantar averiguación contra quien a la postre fuera destituido al constatársele procederes indebidos, y manejos de efectos dinerarios de la entidad pública, demostrada con las copias de los antecedentes administrativos especialmente la indagación disciplinaria (fls. 134, 135, 235, 243, 248 y 250 del cdno. 2), contentiva del impartimiento de la orden como Jefe de los Empleados de cuya conducta ilegal tuvo conocimiento la Entidad y que el empleado omitió y retardó adelantar, con flagrante violación de sus deberes como empleado público, de conformidad con el numeral 13 del artículo 15 de la Ley 13 de 1984 y del artículo 6° del Decreto-ley 2400 de 1968.

Como la Entidad demandada probó en el proceso disciplinario la atribución al inculpado de la obligación que se le achacó por incumplida, y dentro de este proceso los elementos de juicio no desvirtuaron sus fundamentos, es claro que la determinación disciplinaria no violó las normas citadas, que aplicó debidamente, y por tanto se impone 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 28 de enero de 1992.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SENTENCIA / RECURSO DE APELACION - Improcedencia / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA POR CUANTIA

Según el artículo 31 de la C.N. "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada", pero también el texto señala "salvo las excepciones que consagre la ley", con lo cual está indicando claramente que no todas las sentencias son apelables, o tienen consulta, y si bien la norma no hace referencia a la cuantía, ello no significa que ésta no pueda ser determinante de las dos instancias o que no pueda aplicarse para tales efectos, porque bien puede el legislador en uso de las atribuciones conferidas regular las excepciones con fundamento en la misma. Además de que, ignorar la cuantía como factor determinante de la competencia, sería tanto como desconocer la existencia y vigencia de las disposiciones que rigen la materia, lo que es inadmisible.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 9 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente número 7343.

Recurso de Queja.

Actor: Wenceslao Manrique Veloza.

Se decide el recurso de queja interpuesto por el apoderado del actor contra el auto de 29 de mayo de 1992 por el cual no se concedió el recurso de apelación contra la sentencia del 24 de abril de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por tratarse de un proceso de única instancia.

El recurrente había sustentado su inconformidad aduciendo que tal norma del Código Contencioso Administrativo quedó modificada por el

artículo 31 de la Constitución Nacional al establecer que toda sentencia podrá ser apelada o consultada.

Al decidir el recurso de reposición interpuesto, señaló el Tribunal que "si bien es cierto la Constitución Política vigente consagra en su artículo 31 los recursos de apelación y consulta para toda sentencia, es igualmente cierto que en esa misma norma, que es la regla general, establece que se aplica slvao (sic) las excepciones que la ley consagra para el ejercicio de tales medios de alzada".

Y a renglón seguido agrega:

"Es decir para el caso la excepción consagra la ley en el artículo 181 del C. C. A. que prescribe taxativamente cuáles son las decisiones jurisdiccionales que son objeto de apelación y en dicha norma de excepción no está consagrado dicho medio de impugnación para las sentencias que definen los asuntos de competencia de este Tribunal en Unica Instancia" (fl. 19).

Sobre el particular afirma el libelista que tal argumento "no se ajusta a los más elementales principios de una hermenéutica jurídica sana toda vez que el texto constitucional en cita dispone que 'Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que *consagre* la ley ...' " y de ahí deduce que el artículo 181 del C. C. A. fue derogado tácitamente por el 31 de la Carta, norma que no trae excepciones y abarca todas las sentencias judiciales. (fl. 22).

Sostiene luego que el mandato constitucional no hace referencia a las cuantías y que, en este caso, debe aplicarse el principio "donde la ley no distingue, no le es lícito al fallador distinguir" y que en el artículo en mención al disponer "salvo las excepciones que consagre la ley", el verbo *Consagrar,* en el tiempo en que está concebido, se refiere al futuro y no al presente" (fl. 22).

SE CONSIDERA:

No hacen falta mayor esfuerzo, ni mayores disquisiciones jurídicas para llegar a concluir que el Tribunal tuvo razón al negar el recurso de apelación interpuesto.

Cierto es que según el artículo 31 de la Constitución "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada", pero también el texto señala: "salvo las excepciones que consagre la ley", con lo cual está indicando claramente que no todas las sentencias pueden ser apeladas o tienen

consulta, y si bien la norma no hace referencia a la cuantía, como observa el recurrente, ello no significa que ésta no pueda ser determinante de las dos instancias o que no pueda aplicarse para tales efectos, porque bien puede el legislador en uso de las atribuciones conferidas regular las excepciones con fundamento en la misma. Además de que, ignorar la cuantía como factor determinante de la competencia, sería tanto como desconocer la existencia y vigencia de las disposiciones que rigen la materia, lo que es inadmisible.

Sobre la supuesta erogación de la normatividad del C.C.A. a que alude el recurrente dijo la Sala:

> "Lo primero que observa la Sala es que la supuesta derogación tácita de las normas del C. C. A. determinantes de competencia, a la luz del artículo 31 de la nueva Constitución Nacional en cuanto establece que 'Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley' no se ha dado.
>
> "En efecto, esas excepciones ya están consagradas; no resultan contrarias a las disposiciones constitucionales y mientras no se expidan otras que las modifiquen siguen gobernando la distribución de competencias en lo contencioso administrativo". (Auto de 9 de noviembre de 1992, expediente 7216 , actor Darío Rátiva Monroy, Consejera Ponente: Dra. Clara Forero de Castro).

Por lo expuesto el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda,

RESUELVE:

Estímase bien denegado el recurso de apelación contra la sentencia del veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala el día 28 de enero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

VIATICOS - Fijación / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL / DIRECTOR / COMPETENCIA

Tanto los Ministros, como los Directores de Departamento Administrativo, los Superintendentes, los Gerentes o Directores de establecimientos públicos, y los jefes o directores de Unidades Administrativas Especiales, quedaron facultados para fijar el valor de los viáticos, teniendo en cuenta los valores indicados en el Decreto-ley 90 de 1988, y sin sobrepasar las tarifas en él indicadas. El artículo 20 del Decreto 121 de 1976, reorgánico del Ministerio de Salud, indica que la Dirección de Campañas Directas en una* Unidad Administrativa Especial, *que tiene a su cargo el servicio de erradicación de la malaria, y que el jefe de ese servicio es el Director de Campañas Directas. Conclúyese entonces que tratándose de una unidad administrativa especial, su director está facultado para fijar el valor de los viáticos de los funcionarios de su dependencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., 12 de febrero de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 4257.

Autoridades Nacionales.

Actores: Patrocinio Sánchez Montes de Oca y otro.

En ejercicio de la acción pública de nulidad contemplada en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, los ciudadanos Patrocinio Sánchez Montes de Oca y Ricardo Armando Núñez Rico, impugnaron la Resolución 366 de 26 de mayo de 1988, proferida por la Dirección de Campañas Directas y Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria, SEM, del Ministerio de Salud, mediante la cual se reglamentaron los viáticos del personal que presta sus servicios en las distintas zonas de esta Dirección.

SECCION SEGUNDA

En la demanda se reseñan como normas violadas los artículos 17 76, numeral 9; 120 numeral 21 de la Constitución Política de 1886 (vigente cuando los hechos); Ley 55 de 1987, y Decreto 1950 de 1975, artículo 13.

En el desarrollo del concepto de violación, después de referirse los accionantes a la especial protección que debe brindar el Estado al trabajo en cumplimiento del artículo 17 de la Constitución Nacional anterior, pasan a referirse a que de conformidad con el artículo 76 de la misma Carta: corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de éstas: "Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales". Y, de conformidad con el artículo 120 numeral 21 *ibidem*, corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, entre otras cosas: "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los ministerios, departamentos administrativos y los subalternos del Ministerio Público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76. El gobierno no podrá crear a cargo del tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales".

Así, sostienen los accionantes, la resolución atacada es nula, puesto que por ella, la Dirección de Campañas Directas y SEM del Ministerio de Salud, señaló los viáticos del personal adscrito a la misma, los cuales vienen a ser elemento integral del salario. Y los únicos que están facultados para establecerlos son el Congreso y el Presidente de la República, previas facultades extraordinarias, otorgadas por el primero, fuera de los cuales no hay otra autoridad facultada constitucionalmente para regular las escalas de remuneración de los empleados de los ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos, superintendencias y unidades administrativas del orden nacional, etc.

Sobre la materia anotan que, en un caso similar, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia de 13 de diciembre de 1972 y declaró inexequible el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que había entregado a las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, la elaboración de la clasificación y remuneración de los empleos, primas y bonificaciones,

gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior y exterior del país. En corroboración de lo anterior, se refieren a una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 1º de septiembre de 1972 y a una providencia del Consejo de Estado de 9 de noviembre de 1988, proferida ésta dentro del expediente radicado bajo el número 3502, cuyo aparte pertinente transcriben.

Y, por último dicen los accionantes, mediante la Ley 55 de 1987 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar las escalas de remuneración, nomenclatura y el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación de los empleados del sector público, de donde infieren que el único facultado para legislar sobre dichas materias era el Presidente de la República y no el Director de Campañas Directas y SEM del Ministerio de Salud, quien "legisla" en materia salarial mediante la resolución impugnada, usurpando funciones que no le corresponde, amén de haber proferido la resolución por fuera del término señalado en la Ley 55 de 1987, y de que el Decreto 1950 de 1973, dice que el sistema de remuneración de los empleados a que se refiere el mismo decreto, se rige por las leyes sobre fijación de escalas de remuneración correspondiente a las categorías de empleos dictadas de conformidad con el ordinal 9 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

De parte de la demandada no se dio contestación a la demanda ni se alegó de conclusión, razón por la cual pasa la Sala a ocuparse del concepto fiscal.

La Fiscalía Quinta de la Corporación, en su concepto de fondo, es de opinión de que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar en virtud de que la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado ha sido desvirtuada.

Al efecto, arguye que el numeral 9 del artículo 76 de la Carta (se refiere a la Constitución Nacional anterior), es claro en señalar que es atribución del Congreso: "determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos y fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales". Y el artículo 120-21 de la misma Carta, faculta al Presidente de la República para: "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los ministerios, departamentos administrativos y los subalternos del ministerio público y señalar sus

funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76".

Del contenido y alcance de los mencionados cánones constitucionales, infiere la Fiscalía, que corresponde únicamente al Congreso, por medio de las leyes, y al Presidente de la República, facultado extraordinariamente y *pro tempore* para fijar el régimen de prestaciones sociales y las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos, inclusive los viáticos que constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al empleado manutención y alojamiento, mientras esté en su lugar o sitio distinto del que suele vivir o habitar para cumplir con su trabajo ordinario (art. 130 del C.S. del T.).

Agrega la Fiscalía, que mediante la Ley 55 de 1987 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de 30 días para: Fijar las escalas de remuneración, la nomenclatura y el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación correspondientes a las distintas categorías de empleos, entre éstos, los correspondientes a la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, incluidos los de las unidades administrativas especiales.

En ejercicio de esas facultades el Presidente de la República expidió el Decreto 0090 de 1988 y modificó parcialmente el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional y fijó las escalas de remuneración correspondiente a dichos empleos, y por medio del artículo 7° del Decreto la escala de viáticos para los mismos.

Y, por último, se refiere la Fiscalía a que el Ministerio de Salud diciendo actuar en ejercicio de sus atribuciones legales y en especial de las conferidas por el Decreto-ley 0090 de 20 de enero de 1988, profirió la Resolución 3956 de 24 de marzo de 1988 y reglamentó la escala de viáticos y gastos de viaje para las comisiones que se impartieran a servidores del Ministerio. Y por su parte el Director de Campañas Directas y SEM (Unidad Administrativa Especial) del mismo Ministerio, y con base en que el artículo 11 de la Resolución 3956 de 24 de marzo de 1988, determinó que los viáticos de los funcionarios al servicio de esa entidad se regirían por resolución separada, procedió a fijar, mediante la resolución acusada, las escalas de viáticos para éstos, por debajo de lo estipulado en el Decreto 0090 de 20 de enero de 1988, excediéndose así en sus funciones y arrogándose competencia que había otorgado el

Congreso al Presidente de la República, con perjuicio de paso para la entidad que representaba y para los propios funcionarios en sus condiciones de trabajo, y con violación desde luego de los preceptos constitucionales invocados en la demanda.

Como no se observa causal de nulidad alguna que invalide la actuación, se procede a decidir la controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El asunto *sub judice* consiste en dilucidar si la Resolución 0366 de 26 de mayo de 1988, por la cual el Director de Campañas Directas y SEM del Ministerio de Salud, señala los *viáticos* a devengar durante dicho año, contraviene o no normas de carácter superior.

Como se ha advertido, los actores se refieren -y hacen hincapié- a la carencia de facultad para el funcionario expedidor del acto, dado que el señalamiento de viáticos, que hacen parte integral del salario, corresponde al Congreso y, de manera extraordinaria, al Presidente de la República.

Por tanto, la Sala examinará si en verdad, con el acto acusado, se hizo uso de facultades que el funcionario expedidor no tenía.

El Decreto-ley 90 de 1988 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de precisas facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 55 de 1987, para modificar parcialmente el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del Orden Nacional, fijar las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y las de viáticos para los empleados públicos de tales entidades.

En cuanto a viáticos, el Decreto 90 de 1988 mencionado indicó una tarifa máxima y dispuso que en cada entidad de las mencionadas y para el otorgamiento de las comisiones de servicio, se fijará el valor de los viáticos según la remuneración mensual del funcionario comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y el lugar donde deba llevarse a cabo la labor, *hasta* las cantidades señaladas en el mismo artículo.

Así las cosas, queda claro que tanto los ministros, como los entonces Jefes de Departamentos Administrativos (hoy directores), los Superintendentes, los Gerentes o Directores de Establecimientos Públicos, y los jefes o directores de Unidades Administrativas Especiales, quedaron

facultados para fijar el valor de los viáticos, teniendo en cuenta los factores indicados en el Decreto-ley 90 de 1988 y sin sobrepasar las tarifas en él indicadas.

Ahora bien, el artículo 20 del Decreto 121 de 1976, reorgánico del Ministerio de Salud, indica que la Dirección de Campañas Directas en una *Unidad Administrativa Especial*, que tiene a su cargo el servicio de erradicación de la malaria, y que el jefe de ese servicio es el Director de Campañas Directas.

Conclúyese entonces que tratándose de una unidad administrativa especial, su director está facultado para fijar el valor de los viáticos de los funcionarios de su dependencia.

Es preciso concluir entonces que el acto acusado mantiene su presunción de legalidad en lo que esto atañe, y de allí que hayan de denegarse 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,

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la parte actora.

Cópiese, notifíquese y, en firme, archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 28 de enero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRASLADO / ABANDONO DEL CARGO

La declaratoria de vacancia de un cargo no requiere proceso disciplinario previo, basta con que se determine el hecho previsto en la ley como constitutivo del abandono y la consecuencia obvia es la vacancia que se produce también por mandato de la ley, sin interesar qué el funcionario esté inscrito o no en la carrera administrativa. Está demostrado en el proceso que el actor no cumplió la orden de traslado como se infiere del mismo escrito contentivo del recurso de apelación en el cual se afirma que continuó prestando sus servicios en la ciudad de Medellín. Su no presentación en la regional minera de la ciudad de Bucaramanga para recibir el empleo al cual había sido trasladado. En tales circunstancias considera la Sala que la determinación adoptada por el Gobierno Nacional en los actos administrativos acusados se ajusta a derecho.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 12 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 4679.

Decretos del Gobierno.

Actor: Ignacio Zuluaga Escobar.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Ignacio Zuluaga Escobar, mediante apoderado, contra la sentencia de 11 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso incoado en orden a obtener la nulidad de los Decretos 725 de 5 de marzo de 1986 y 2383 de 28 de julio del mismo año expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales, respectivamente, se declaró vacante el cargo de Jefe de Sección 2075, Grado 08, de la Sección Regional Minera

de la ciudad de Bucaramanga, División de Asistencia Técnica y Fomento Minero, Dirección General de Minas, Despacho del Secretario General del Ministerio de Minas y Energía que desempeñaba el actor, por abandono del cargo, y se decidió confirmar la decisión adoptada en el primero de los decretos mencionados. Como restablecimiento del derecho pidió se ordene su reintegro al empleo de Jefe de Sección 2075, Grado 08 de la Sección Regional Minera de Medellín y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir; así mismo que para todos los efectos legales se considere que no ha existido solución de continuidad en sus servicios.

LA SENTENCIA APELADA

El *a quo* denegó las pretensiones del escrito demandatorio, teniendo en cuenta que en el caso *sub judice*, de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se establece que el actor buscó por todos los medios posibles impedir que la orden de traslado a la ciudad de Bucaramanga, se hiciera efectiva; que cuando se dictó el decreto impugnado que declaró vacante el empleo que ocupaba, tal decisión se fundamentó en el hecho claro y evidente de no haberse presentado al sitio de trabajo, por lo que se incurrió en este asunto en un abandono del cargo sin justa causa, en los términos de los artículos pertinentes del Decreto reglamentario 1950 de 1973, que la actitud asumida por el actor constituye en opinión del Tribunal un desacato a las disposiciones legales que regulan en esta materia el ejercicio de la función pública; que ha debido trasladarse, tomar posesión del empleo y luego plantear al Ministerio las inquietudes correspondientes a partir del momento en que le fue notificado el Decreto 3115 de 25 de octubre de 1985, que es importante traer a colación los planteamientos hechos por el Consejo de Estado en providencia de 10 de abril de 1987, según la cual la pretensión del libelo no es declarar la nulidad del decreto de traslado, sino del acto administrativo que declaró la vacancia del cargo y del decreto que resolvió el recurso interpuesto; que el Consejo de Estado es afirmativo en señalar que el empleo que debía estar desempeñando el actor era el de la ciudad de Bucaramanga, al cual había sido trasladado por una decisión oficial que mantenía plena vigencia; que las normas invocadas como infringidas en la demanda no fueron vulneradas en el caso *sub lite*.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito contentivo del recurso de apelación (fls. 233 a 236 *ibidem*), el apoderado del demandante solicita se revoque el fallo apelado

y se acceda a las súplicas del libelo, porque desde la fecha en que al actor se le comunicó la orden de su traslado a la ciudad de Bucaramanga, puso de presente que con tal decisión se desmejoraban sus condiciones de trabajo, ya que residía en la ciudad de Medellín y allí mantenía su esposa y sus hijos; que mientras se resolvía en definitiva sobre su traslado pidió una licencia no remunerada por el término de 60 días, la cual no fue otorgada por la administración, colocándolo en una situación que originaba la imposibilidad absoluta para separarse de su núcleo familiar y, por consiguiente, atender las funciones que se le habían asignado por el traslado; que acorde con el artículo 46 del Decreto 2400 de 1968 el empleado inscrito en la carrera administrativa tiene derecho a permanecer en el servicio siempre y cuando cumpla con lealtad, eficiencia y honestidad los deberes de su empleo y al ascenso por mérito, según los reglamentos de la carrera; que el Decreto 1950 de 1973 en su artículo 30 determina que el traslado podrá hacerse por necesidades del servicio, siempre que no implique condiciones menos favorables para el funcionario; que en el caso *sub examine* la administración no demostró que el traslado se ordenara por necesidades del servicio, mientras el actor sí probó que dicho traslado significaba para él condiciones menos favorables; que en este asunto se le colocó en una situación desfavorable y que debe tenerse en cuenta el medio en que se labora y no únicamente el aspecto salarial sino además el núcleo familiar y social que imposibilitaba el traslado en la forma ordenada, sin sujeción a las normas mencionadas; que de otra parte en los términos del artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, el abandono del cargo por el actor está justificado y que éste laboró hasta el último momento en el empleo que venía desempeñando en la ciudad de Medellín (fls. 233 a 236 *ibidem*).

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto estima que la sentencia apelada debe ser confirmada, pues el actor fue desvinculado del servicio por incurrir en abandono del cargo; que la declaración de vacancia de un empleo no requiere procedimiento previo alguno, como lo ha manifestado el Consejo de Estado, ya que basta la verificación de que el funcionario ha dejado de asistir a su trabajo por un término de 3 días para que sea viable hacer uso de dicha declaración; que en el caso *sub judice* la circunstancia de que el demandante considerara injusto el traslado que se le había comunicado no lo autorizaba para dejar de asistir a su despacho frente a la negativa de la administración de concederle una licencia; que más bien esa actitud configura un censurable acto de

rebeldía que despoja el hecho del abandono de toda posibilidad de justificación (fl. 241).

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Observa la Sala en primer término, que la sentencia recurrida resuelve dos procesos acumulados, procesos iniciados por el señor Ignacio Zuluaga Escobar, mediante la presentación de dos demandas exactamente iguales, una ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y otra ante el Tribunal Administrativo de Santander.

Realmente este es un proceder irregular, pues ante la inadmisión de la demanda en el Tribunal Administrativo de Antioquia por falta de competencia, al considerar que el asunto debería ser dilucidado por el Tribunal Administrativo de Santander, el señor Zuluaga apeló. El Consejo de Estado decidió revocar el auto del Tribunal en cuanto inadmitió la demanda y confirmó la orden de enviar el expediente al Tribunal Administrativo de Santander, en donde al llegar éste, ya se estaba tramitando otro por demanda igual presentada el 4 de diciembre de 1986.

Estima la Sala, que no es correcto presentar demanda en dos Tribunales sobre un mismo asunto y que el señor apoderado del actor debió esperar que la primera demanda fuera remitida al Tribunal Administrativo de Santander.

En cuanto al fondo del asunto, comparte la Sala el concepto dado por la Agencia del Ministerio Público.

En efecto, si bien es cierto el artículo 30 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, citado como infringido por el actor en el libelo, prohíbe los traslados que impliquen condiciones menos favorables para el funcionario, como el acto de traslado del actor no se controvierte en este proceso, debe presumirse expedido conforme a derecho.

Si el actor consideraba que con el traslado se le ocasionaban perjuicios, lo indicado hubiera sido que dentro del término de caducidad de la acción, impugnara el Decreto 3115 de 25 de octubre de 1985 expedido por el Gobierno Nacional (fl. 106, *ibidem*) ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y demostrar, así mismo, dentro del correspondiente proceso judicial, que no obedeció a necesidades del servicio sino a circunstancias diferentes.

Así las cosas, ante la negativa de la administración de conceder al actor licencia no remunerada, a la cual alude el apoderado en el escrito contentivo del recurso de apelación, estaba en la obligación de acatar la orden de traslado, so pena de incurrir en el abandono del cargo.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la declaratoria de vacancia de un cargo no requiere proceso disciplinario previo, pues basta con que se determine el hecho previsto en la ley como constitutivo del abandono y la consecuencia obvia es la vacancia que se produce también por mandato de la ley, sin interesar que el funcionario esté inscrito o no en la carrera administrativa (fls. 104 y 174 *ibidem*).

Está demostrado en el proceso que el actor no cumplió la orden de traslado a la ciudad de Bucaramanga para desempeñar el empleo de Jefe de Sección 2075, Grado 08, de la Sección Regional Minera, División de Asistencia Técnica y Fomento Minero, Dirección General de Minas, Despacho del Secretario General del Ministerio de Minas y Energía, como se infiere del contenido del mismo escrito contentivo del recurso de apelación en el cual se afirma que continuó prestando sus servicios en la ciudad de Medellín, y de la certificación que consta en el proceso (fls. 236 y 141 *ibidem*). A folios 82, 84, 85, 113 y 130 del cuaderno principal del expediente, aparecen diversos documentos que dan cuenta de: la orden de posesionarse en el nuevo cargo, su no presentación en la regional minera de la ciudad de Bucaramanga para recibir el empleo al cual había sido trasladado y ampliación del plazo para posesionarse hasta el 15 de diciembre de 1985.

Además, era imposible que continuara laborando, en Medellín, en donde había sido reemplazado.

En tales circunstancias considera la Sala que la determinación adoptada por el Gobierno Nacional en los actos administrativos acusados se ajusta a derecho.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 11 de julio de 1989, dentro del proceso iniciado por el señor Ignacio Zuluaga Escobar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 28 de enero de 1993.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATOS - Fusión / SINDICATOS - Disolución / JUNTA DIRECTIVA - Inscripción

Habiéndose fusionado la organización sindical a la cual luego por el auto enjuiciado le fue inscrita una junta directiva, se produjo su disolución, de conformidad con el artículo 401 del C. S. del T., disposición invocada como infringida en el libelo. Por tanto para la fecha en que se dictó el auto acusado, el sindicato de trabajadores no podía actuar como tal mientras conservara su vigencia la Resolución 068 de 26 de mayo de 1976 y, por ende, no era dable proceder a la inscripción de una junta directiva sin crear antes el nuevo sindicato. En consecuencia estima la Sala, que el acto acusado infringe en verdad las disposiciones legales citadas en la demanda y deberá anularse.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 17 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 3899.

Resoluciones Ministeriales.

Actor: Sintraimes.

Ejercitando la acción de restablecimiento del derecho y mediante apoderado, el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metalúrgica, Metalmecánica, Metálica, Eléctrica, Electrónica, Electrometálica y Siderúrgica, Sintraimes, solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad del auto de 8 de junio de 1988 expedido por la Inspectora Quinta de la Sección de Relaciones Colectivas de Trabajo de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, mediante el cual se ordenó la inscripción de la junta directiva que fuera elegida por el Sindicato de Trabajadores Metalúrgicas Centrales y Similares.

Como restablecimiento del derecho, la parte actora pidió se ordene al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que solamente acepte a mi mandante con capacidad jurídica para representar los intereses económicos comunes o generales y ejercer las funciones señaladas en la ley como la establecida en el artículo 374 del Código Sustantivo de Trabajo, en nombre de sus afiliados laboralmente vinculados por contrato de trabajo a la sociedad denominada Industrias Centrales del Acero S.A., Induacero ..." (fls. 3 y 4).

Como hechos en los cuales fundamenta su demanda afirma: que el 15 de febrero de 1976 la asamblea general del extinguido Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos Centrales y Similares dispuso fusionarse con Sintraimes; que la asamblea general de esta organización sindical reunida el día 20 del mismo mes y año aceptó dicha fusión, la cual fue sometida a la aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la que fue aprobada por Resolución 0068 de 26 de mayo de 1976 dictada por la División de Relaciones Colectivas de Trabajo y, por consiguiente, se dispuso la cancelación del respectivo registro sindical; que recurrida la providencia anterior, por Resoluciones 00118 de 28 de septiembre de 1976 y 00010 de 11 de enero de 1977 proferidas respectivamente por la citada división y por el Director General del Trabajo se confirmó lo decidido en la Resolución 0068 de 26 de mayo de 1976; que operada en legal forma la causal de disolución prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, el reconocimiento de la personería jurídica del extinguido Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos Centrales y Similares perdió vigencia; que a pesar de lo dicho el referido sindicato ha ejercido las funciones consagradas en los artículos 373, 374 y 376 del mencionado código; que según consta en el acto administrativo enjuiciado una pretendida asamblea general de ese sindicato eligió junta directiva, la cual solicitó su inscripción en el registro sindical; que por medio del auto impugnado se ordenó la inscripción; que además el sindicato pretende hacerse parte en la negociación del pliego de peticiones presentado a Induacero por Sintraimes (fls. 4 a 7 *ibidem*).

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Se dice que el auto acusado incurrió en violación directa de la ley en la modalidad de grave error de hecho por falsa motivación; que el primer hecho que aparece expuesto en la motivación del acto enjuiciado es falso, pues el reconocimiento de personería jurídica del Sindicato de Trabaja-

dores Metalúrgicos Centrales y Similares perdió vigencia por haberse fusionado con Sintraimes, acorde con lo estatuido en el artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo; que es apenas natural que una vez disuelta una organización sindical culmina su existencia jurídica, por lo que su personería pierde vigencia por sustracción de materia; que a pesar de estar disuelto, el sindicato ejerció funciones contra lo dispuesto en el artículo 372 del citado código; que así la organización sindical y sus directivos hubieran acreditado los requisitos y formalidades que exigen los artículos 371 del Código y 10, 11 y 12 del Decreto 1469 de 1978, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podía ordenar la inscripción de que trata el artículo 12 *ibidem*; que producida la disolución la personería jurídica se extingue y, por ende, el paso a seguir no puede ser otro que el de la liquidación del patrimonio social; que el acto enjuiciado desconoce los artículos 401 y 372 del Código Sustantivo de Trabajo, por lo que resulta viable su nulidad y el restablecimiento del derecho impetrado (fls. 7 a 10 *ibidem*).

En el escrito demandatorio se solicitó, además, la suspensión provisional del auto de 8 de junio de 1988 (fls. 10 y 11 *ibidem*).

Por auto de 6 de octubre de 1988 (fls. 33 y 34 *ibidem*), el *a quo* inadmitió la demanda por falta de competencia para conocer del asunto y ordenó remitir el expediente al Consejo de Estado.

Por auto de 3 de abril de 1989 (fls. 41 a 44 *ibidem*), esta Corporación admitió la demanda y no accedió a la petición de suspensión provisional del acto acusado.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto (fls. 146 a 151), manifiesta que en el caso *sub lite* se violaron los artículos 372 y 401 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto el Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos Centrales y Similares estaba disuelto para cuando se eligió en asamblea general de 19 de mayo de 1988 la junta directiva inscrita por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por lo que ya no podía actuar por sí mismo, por carecer de vida jurídica propia y tampoco la administración estaba en capacidad de inscribir una junta directiva de un ente inexistente; que respecto del restablecimiento del derecho sólo es viable acceder a él parcialmente, teniendo en cuenta que Induacero no se hizo presente en el proceso; que por consiguiente se debe anular el auto impugnado ordenando que dicho ministerio acepte a

Sintraimes para representar los interese económicos, comunes o generales, ejerciendo las funciones previstas en la ley y en particular las señaladas en el artículo 374 del comentado Código.

Procede la Sala a decidir previas estas,

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso *sub lite* la legalidad del auto de 8 de junio de 1988 dictado por la Inspectora Quinta de la Sección de Relaciones Colectivas de Trabajo de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, a través del cual se ordenó la inscripción de la junta directiva que fuera elegida por el Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos Centrales y Similares.

De las pruebas traídas al proceso se establece que el referido sindicato con personería jurídica número 6 de 29 de enero de 1947 (fls. 53 cdno. ppl.) se fusionó a la organización sindical de industria Sintraimes, según Resolución 00068 de 26 de mayo de 1976 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y que además dicho acto administrativo dispuso cancelar el registro sindical de la organización fusionada y que sus trabajadores afiliados quedarían integrados como sindicalistas en ejercicio, con las mismas obligaciones y derechos establecidos en los estatutos y en la ley a Sintraimes (fls. 23 y 77 *ibidem*); que por Resoluciones 00118 de 28 de septiembre de 1976 y 00010 de 11 de enero de 1977 expedidas por el citado ministerio se decidió confirmar la determinación adoptada mediante la Resolución 00068 de 1976 (fls. 28 y 30 *ibidem*); que con posterioridad a estas resoluciones el 8 de junio de 1988 el auto enjuiciado ordenó inscribir la junta directiva de la organización sindical que se había fusionado con Sintraimes desde el año de 1976 por mandato de su asamblea general de 15 de febrero de este año (fl. 21 *ibidem*); que por auto de 15 de julio de 1988 la Inspectora Quinta de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca declaró improcedente la solicitud de revocatoria directa del acto que se acusa (fl. 141).

Según el texto de la Resolución 068 de 26 de mayo de 1976, que obra en el proceso, la Asamblea General del Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos Centrales y Similares, celebrada el 15 de febrero de 1976, aprobó en forma unánime la fusión con el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metalmecánica, Metálica, Metalúrgica y Siderúrgica, Sintraimes. Es decir que se dio la causal de disolución contemplada

en el literal b) del artículo 401 del C. S. del T. porque hubo acuerdo adoptado por todos los miembros en asamblea general, en el sentido de desaparecer como organización sindical autónoma al fusionarse con otra.

Por esa razón y por estar reunidos los demás requisitos para ello según se afirma en la mencionada resolución, fue aprobada la fusión y cancelado el registro sindical de la organización de primer grado y de industria, denominada Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos Centrales y Similares, resolución cuya vigencia no ha sido controvertida. Por el contrario, el señor Orlando de J. García Sánchez, Presidente de la Junta Directiva cuya aprobación se controvierte, en memorial que presentó a manera de contestación de la demanda y que no le fue aceptado como tal por cuanto no actuó por medio de apoderado y no acreditó serlo, afirma que en efecto el registro de esa Asociación Sindical fue cancelado y que sus miembros después de la fusión con Sintraimes resolvieron constituir otro sindicato denominado "Sindicato de Trabajadores de la Industria del Acero Siderúrgica, Metalmecánica y Materiales Eléctricos de Colombia, Sintiasmec, cuya personería jurídica fue reconocida mediante Resolución 000234 de 31 de enero de 1989, que en copia auténtica obra en el proceso.

Por otra parte, el Jefe de Archivo Sindical en documento que aparece al folio 138 explica que el 14 de junio de 1988, certificó que la personería jurídica del Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos, Centrales y Similares se hallaba vigente, porque la Resolución 068 de 26 de mayo de 1976 no se encontraba en esa fecha depositada en el archivo, y fue recibida después.

Así las cosas, como lo anota acertadamente la agencia del Ministerio Público, habiéndose fusionado la organización sindical a la cual luego por el auto enjuiciado le fue inscrita una junta directiva, se produjo su disolución, de conformidad con el artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición invocada como infringida en el libelo. Por tanto para la fecha en que se dictó el auto acusado, es decir, el 8 de junio de 1988, el Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos Centrales y Similares no podía actuar como tal mientras conservara su vigencia las tantas veces mencionada Resolución 068 de 26 de mayo de 1976 y, por ende, no era dable proceder a la inscripción de una junta directiva sin crear antes el nuevo sindicato.

En consecuencia estima la Sala, que el acto acusado infringe en verdad las disposiciones legales citadas en la demanda y deberá anularse.

SECCION SEGUNDA

En cuanto al restablecimiento del derecho solicitado debe decirse que no es procedente. En efecto, de la nulidad del acto que se acusa no se desprende necesariamente que el sindicato demandante tenga, según la ley, la representación de determinados trabajadores. El establecer a quién corresponde esa representación, es materia de otro proceso.

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

FALLA:

1. Declárase la nulidad del auto de 8 de junio de 1988 expedido por la Inspectora Quinta de la Sección de Relaciones Colectivas de Trabajo de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, mediante el cual se ordenó la inscripción de la junta directiva del Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos Centrales y Similares.

2. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR / PERDIDA DE LA PENSION - Abolición / ASIGNACION DE RETIRO / LEY ESPECIAL / HOJA DE SERVICIOS MILITARES / MESADA PENSIONAL / PRESCRIPCION

Por tratarse de normas especiales con fuerza de ley, para los militares son de aplicación preferencial, tanto las contenidas en el Decreto 2337 de 1971, en vez de las generales de la Ley 16 de 1969. Si bien es cierto era necesario el levantamiento de la pena accesoria por parte de quien profirió la sentencia condenatoria una vez levantada la pena, la prescripción de mesadas quedaba referida a las fechas en las cuales se reclamó la elaboración de la hoja de servicios militares y el reconocimiento de la asignación de retiro, sin sobrepasar el 1º de enero de 1972, día en el cual la ley abolió para los militares la pena accesoria de pérdida de la pensión, y nació para ellos de nuevo ese derecho. No se configuró la prescripción de mesadas y la prestación debe reconocérsele a partir del 1º de enero de 1972, fecha de vigencia del Decreto 2337 de 1971.

ASIGNACION DE RETIRO / REAJUSTE MONETARIO - Improcedencia / INTERESES

Las normas legales vigentes conceden derecho a la oscilación, según la cual la asignación de retiro debe liquidarse y reajustarse conforme a los haberes de actividad. Respecto a intereses 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 este término si no se ha dado cumplimiento a la decisión judicial, artículo 177 del C. C. A., pero no se autoriza antes de que el asunto sea decidido por la jurisdicción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., 17 de febrero de 1993.

SECCION SEGUNDA

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 4746.

Resoluciones Ministeriales.

Actor: Gilberto Gordon Arrieta.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 11 de septiembre de 1989 por el Tribunal Administrativo del Meta.

ANTECEDENTES

El señor Gilberto Gordon Arrieta, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho pidió al Tribunal de Cundinamarca anular las Resoluciones 0073 (febrero 1º) y 2592 (agosto 19), ambas de 1983, expedidas por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y por el Ministro de Defensa Nacional, respectivamente, y por medio de las cuales se le reconoció asignación de retiro a partir del 18 de febrero de 1978.

A manera de restablecimiento del derecho pidió que la asignación se le pague desde el 1º de febrero de 1971 con ajustes monetarios y sin perjuicio de sanción moratoria o en subsidio el reconocimiento de intereses.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del Meta -a donde el proceso fue remitido por competencia- anuló las resoluciones acusadas y dispuso restablecer el derecho así: "Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar al señor Gilberto Gordon Arrieta su asignación de retiro a partir del primero (1º) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971) como Sargento Primero del Ejército, con los reajustes establecidos en el artículo 178 del C.C.A. pero descontándosele el (sic) valor que le correspondiera a dicha liquidación las sumas ya canceladas y además el valor correspondiente a doce (12) años, siete (7) meses y veinticinco (25) días, que fueron computados de demás (sic) en la liquidación que se efectuó" (fl. 132).

Para tomar esa decisión el *a quo* tuvo en cuenta que si bien el señor Gordon Arrieta fue separado del servicio por haber sido sentenciado a 18 años de presidio por el delito de homicidio agravado y que tal separación se produjo a partir del 1º de febrero de 1971, también lo es, que el 17 de

febrero de 1982 "... se le levanta la pena accesoria de pérdida de toda pensión de jubilación". Advirtió también el Tribunal que a la luz del artículo 15 del Decreto 1305 de 1975 "la fecha de la novedad fiscal con que se cause la separación del servicio para tener derecho a asignación de retiro fue -en el caso del demandante- el 1º de febrero de 1971". Y, finalmente, encontró que el tiempo de servicio se computó erróneamente habiéndole sumado 34 años, 8 meses, 28 días cuando lo correcto era 22 años, 1 mes y 3 días.

ARGUMENTOS DE LA APELACION

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dice:

"Es (sic) mi criterio la sentencia penal-militar proferida contra el Sargento 1º Gilberto Gordon Arrieta, procede de la justicia penal militar y recae sobre un militar en servicio, pero al separarlo de la Fuerza (Ejército) es para el cumplimiento del tiempo de prisión, lo cual lleva al sujeto (sic) afuera (sic) del Ejército en una época en que la pena accesoria estaba vigente y era aplicable con base en el Decreto-ley 3071 de 1968.

"El Tribunal En (sic) su sapiencia ha desconocido la corecta (sic) actuación de la Caja de Retiro al no reconocer como válido el argumento de la misma ya que el problema posiblemente se reduce a la aplicación de la ley en el tiempo, pero debiéndose tener en cuenta, principalmente la no retroactividad de la ley. Posiblemente por el cúmulo de errores sobre las normas citadas, los tiempos calculados de servicio de Gordon Arrieta y otros yerros como acertadamente lo anota la Sala en el libelo, presentados, no se sabe, si en forma deliberada por el señor apoderado del demandante."

El apoderado del actor -admitido como apelante adhesivo- transcribe apartes de la sentencia recurrida y dice que ésta contiene una decisión *extra petita*, a saber, aquella que ordena descontar de la asignación de retiro que se reconoce, el valor correspondiente a doce (12) años, siete (7) meses y veinticinco (25) días, que el Tribunal encontró de más. Pide que la sentencia se revoque en ese aparte.

Los dos apelantes alegaron de conclusión.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado opina que la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar proferir fallo inhibitorio porque -a su juicio- en este caso se presenta caducidad de la acción.

SECCION SEGUNDA

Se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Analizará la Sala en primer término lo concerniente a la caducidad de la acción, planteada por la Agencia del Ministerio Público.

Los actos acusados fueron proferidos en febrero y agosto de 1983. En esa época regía la Ley 167 de 1941, en cuyo artículo 83 se señalaba el término de caducidad para las acciones de plena jurisdicción, en 4 meses contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto demandado, *salvo disposición legal en contrario.*

Interpretando la frase destacada por la Sala, el Consejo de Estado admitía que en materia de prestaciones sociales, el término de caducidad de la acción fuera el mismo de prescripción del derecho; y como el derecho a la asignación de retiro no prescribe, la acción podía intentarse en cualquier tiempo.

Con la expedición del C.C.A., aprobado por el Decreto 01 de 1984, que comenzó a regir desde el 1º de marzo de 1984, la norma sobre caducidad de las acciones cambió, pues estableció como término único para la caducidad de la acción de restablecimiento del derecho el de 4 meses, eliminando la frase, "salvo disposición legal en contrario".

Sin embargo, el inciso tercero del artículo 136 indicó que "Cuando se demanden actos que reconozcan prestaciones periódicas, la acción podrá proponerse en cualquier tiempo..."

En el caso que se estudia, se demandan en acción de restablecimiento del derecho dos resoluciones que reconocen al accionante una prestación periódica como lo es la asignación de retiro. Por tanto, aplicando el artículo 136 del C.C.A., vigente cuando se presentó la demanda el 13 de abril de 1984, debe concluirse que no se configura la caducidad invocada por la Agencia del Ministerio Público.

Debe la Sala entonces resolver de fondo las apelaciones interpuestas.

La del señor apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares está encaminada a que se revoque la sentencia del Tribunal, por cuanto el señor Gordon Arrieta fue separado del servicio en forma absoluta cuando estaba en vigencia el Decreto 3071 de 1968 que imponía la pena accesoria de pérdida de la asignación de retiro para quien hubiera salido del servicio por sentencia condenatoria de carácter penal.

En verdad son casi ininteligibles los argumentos formulados por el señor apoderado de la Caja, y que obran a folios 134 y 135 del expediente.

El apoderado del actor, quien se presentó como apelante adhesivo, objeta la sentencia del tribunal en cuanto ordenó descontar de las sumas que se le liquiden al señor Gordon Arrieta "el valor de 12 años, 7 meses y 25 días, que fueron computados de más en la liquidación que se efectuó".

Argumenta que la sentencia apelada contiene una parte que no fue objeto del *petitum* de la demanda, es decir, que se profirió decisión *extra petita*, violando las disposiciones que lo prohíben.

En cuanto a la apelación interpuesta por la parte demandada debe advertirse, que en el libelo se solicita la nulidad parcial de las resoluciones que reconocieron asignación de retiro al señor Gilberto Gordon Arrieta, a fin de que la prestación reconocida se le pague a partir del 1º de febrero de 1971 como Sargento Viceprimero del Ejército, en cuantía equivalente al 95% del sueldo de actividad de su grado, incluyendo subsidio familiar y sin deducción alguna a favor de la Caja por concepto de contribuciones a su mantenimiento. Además que la condena se ajuste a los índices de inflación.

Esa decir, que lo que se controvierte en este proceso es la fecha desde la cual debe pagarse la prestación reajustada puesto que fue reconocida en el 95% de las partidas computables, incluyendo el subsidio familiar. Además, las normas citadas como violadas y el concepto de la violación se refieren única y exclusivamente a la prescripción de mesadas y a las deducciones en favor de la Caja, cuestión esta última que el Tribunal negó y no fue impugnada en la segunda instancia.

Por tanto, es procedente únicamente el estudio de la fecha desde la cual debe reconocerse la prestación, mas no el derecho a la misma ni su liquidación.

Consta en el expediente lo siguiente:

El Sargento Primero Tomás Gilberto Gordon Arrieta fue retirado del servicio por "separación absoluta", con baja efectiva al 1º de febrero de 1971, como consecuencia del fallo condenatorio de carácter penal proferido por la Justicia Penal Militar.

Cuando se produjo el retiro del servicio del actor se encontraba vigente el Decreto 3071 de 1968, de conformidad con cuyo artículo 125

"El Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares que sea separado del servicio en forma absoluta, por sentencia condenatoria definitiva, no podrá gozar de los tres (3) meses de alta para la formación de su hoja de servicios, ni de asignación de retiro...".

El Decreto 3071 de 1968 fue derogado expresamente por el Decreto 2337 de 1971, publicado en el Diario Oficial 33.506 (diciembre 8) de 1971 y vigente desde el 1º de enero de 1972. El artículo 130 de tal estatuto, dispuso:

> "El Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares, que a partir de la vigencia del presente Decreto, sea separado del servicio en forma absoluta, como resultado de sentencia condenatoria, tendrá derecho a asignación de retiro... ."

Como se observa, fue a partir del 1º de enero de 1972 cuando el demandante adquirió el derecho a asignación de retiro porque en esa fecha, por virtud de la ley, se levantó la pena accesoria que pensaba sobre él como sujeto de condena penal: es decir, la pena de no poder disfrutar de tal asignación de retiro.

Por tratarse de normas especiales con fuerza de ley, para los militares son de aplicación preferencial, tanto las contenidas en el Decreto 3071 de 1968, como en el Decreto 2337 de 1971, en vez de las generales de la Ley 16 de 1969.

Si bien es cierto era necesario el levantamiento de la pena accesoria por parte de quien profirió la sentencia condenatoria, lo cual ocurrió mediante providencia de 17 de febrero de 1982, una vez levantada la pena, la prescripción de mesadas quedaba referida a las fechas en las cuales se reclamó la elaboración de la hoja de servicios militares y el reconocimiento de la asignación de retiro, sin sobrepasar el 1º de enero de 1972, día en el cual la ley abolió para los militares la pena accesoria de pérdida de la pensión, y nació para ellos de nuevo ese derecho.

Está comprobado en los antecedentes administrativos que obran en el proceso, que el señor Gordon Arrieta presentó en repetidas oportunidades -24 de mayo de 1971, 11 de agosto de 1975 y 21 de febrero de 1978- peticiones de elaboración de su hoja de servicios y reconocimiento de asignación de retiro.

De estas fechas se colige que no se configuró la prestación de mesadas y que la prestación debe reconocérsele a partir del 1º de enero de 1972,

fecha de vigencia del Decreto 2337 de 1971, y no como lo hizo el Tribunal, a partir del 1º de febrero de 1971.

En cuanto a la apelación adhesiva, la Sala observa que su estudio deberá circunscribirse a la orden de descontar un tiempo de servicio. En efecto, el Tribunal se pronunció sobre un punto no planteado en la demanda. Obviamente el tiempo de servicio computado favorecía al demandante y no iba a impugnarlo. Quien planteó la supuesta irregularidad fue el apoderado de la Caja de Retiro.

Por tanto no cabía en este proceso un pronunciamiento sobre ese aspecto, pues en las acciones de restablecimiento del derecho no es procedente la demanda de reconvención ni el fallo *extra petita*.

En cuanto al reconocimiento de reajuste monetario e intereses, estima la Sala que las normas legales vigentes conceden derecho a la oscilación, según la cual la asignación de retiro debe liquidarse y reajustarse conforme a los haberes de actividad. Por eso no puede accederse a lo pedido.

Respecto a intereses 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 este 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.

Por las anteriores razones, habrá de revocarse parcialmente el fallo del Tribunal.

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

FALLA:

1. Confírmase el numeral 1º de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 11 de septiembre de 1989, por el cual se declaró la nulidad de las Resoluciones 073 de 1º de febrero de 1983, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y 2592 de 19 de agosto de 1983, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, pero únicamente en cuanto reconocieron asignación de retiro al Sargento Primero (r) del Ejército, Tomás Gilberto Gordon Arrieta *a partir del 18 de febrero de 1978* y declararon prescritos los créditos anteriores a esa fecha. Es decir, se declara parcialmente nulo el artículo 1º de la Resolución 073 de 1º de febrero de 1983 y también nulo el artículo 6º de la misma

y la Resolución 2592 de 19 de agosto de 1983 en cuanto aprueba los artículos anulados de la Resolución 073 de 1983.

2. Revócase el numeral segundo de la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares pagará al Sargento Primero (r) del Ejército, Tomás Gilberto Gordon Arrieta la asignación de retiro que le fue reconocida mediante las resoluciones acusadas en este proceso, desde el 1º de enero de 1972, en la cuantía y modalidades indicadas en la Resolución 073 de 1º de febrero de 1983.

Niéganse las demás súplicas de la demanda.

3. Confírmase en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de fecha 4 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Enrique Conti B. (conjuez); *Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE - Prohibiciones / DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO / INSUBSISTENCIA

Es incuestionable que a la luz del Decreto 1713 de 1960 está vedado a una misma persona ocupar en forma simultánea dos cargos docentes de tiempo completo. Como el demandado se desempeña según se desprende de las pruebas allegadas a los autos, como profesor de tiempo completo en el Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia, y en el Inem Industrial Antonio Mesa Naranjo, fácil es concluir que se hallaba incurso en la prohibición contemplada en el artículo 64 de la Constitución Nacional. Por tanto, la Resolución demandada por la cual se dispuso la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo que desempeñaba en la Universidad se ajusta a derecho. No ha habido, pues, quebranto de las normas constitucionales y legales indicadas en el libelo, porque es claro que un profesor nombrado de tiempo completo en el plantel educativo de la Nación, del departamento o del municipio, no puede devengar simultáneamente otros u otros sueldos como educador de la Nación, del departamento o del municipio de tiempo completo en otras instituciones educativas oficiales.

ESCALAFON DOCENTE - Exclusión / ESTABILIDAD - Inexistencia

No se trasgreden las normas sobre estabilidad relativa de los docentes escalafonados contenidas en el Decreto 2277 de 1979, que se invocan como violadas en la demanda, y que establecen que el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón, por cuanto tal preceptiva se refiere a los educadores escalafonados que, dada la legalidad de su vinculación con el sector oficial, se encuentren rodeados de las garantías de estabilidad relativa que en ellas se consagran. Mas en

el presente caso no puede afirmarse que respecto de su vinculación sin respaldo jurídico con la Universidad de Antioquia, al actor le asistieron esos privilegios que se repite, se otorgan al docente cuya relación laboral con la entidad oficial se halla acorde con el ordenamiento jurídico.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., 17 de febrero de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 5949.

Autoridades Departamentales.

Actor: Ramón Antonio Zapata M.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 3 de mayo de 1991 del Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las suplicas de la demanda instaurada por Ramón Antonio Zapata Mejía contra la Universidad de Antioquia, con el fin de obtener la infirmación de la Resolución 0221 de 20 de febrero de 1989, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento como profesor de tiempo completo adscrito al Liceo Antioqueño y el restablecimiento de sus derechos que, en su concepto, se le vulneraron con la expedición de la citada resolución.

LA SENTENCIA APELADA

Al fundamentar la decisión adversa a las pretensiones del actor, apoyándose en jurisprudencia del Consejo de Estado, el *a quo* expresó que como el señor Zapata Mejía por desempeñar simultáneamente dos cargos docentes oficiales, de tiempo completo, percibía al mismo tiempo dos asignaciones del erario; la entidad demandada podía como lo hizo, declarar insubsistente su nombramiento de docente de tiempo completo del Liceo Antioqueño, en razón de que las normas del Decreto 2277 de 1979 que prohíben adoptar esa medida respecto de los educadores escalafonados sin que antes hayan sido excluidos del escalafón, sólo ampara las situaciones expresamente contempladas en la ley; si el accionante desempeñaba dos cargos de profesor de tiempo completo en instituciones oficiales, se imponía concluir que accedió a una de ellos en virtud de nombramiento y posesión que quebrantan expresas prohibiciones legales (arts. 1º, 9º, 12 y 10 de los Decs. 1713 de 1960, 293 de 1978, 329 de 1981 y 269 de 1982) y, por ende, no se hallaba amparado por las

referidas normas; "es claro que un profesor nombrado de tiempo completo en planteles educativos de la Nación, de un departamento o de un municipio, no puede devengar simultáneamente otro u otros sueldos como educador de tiempo completo en otros establecimientos educativos de la Nación, de departamento o municipio alguno" (fl. 138).

EL RECURSO

Al impugnar la sentencia el apelante sostiene que el Decreto 1713 de 1960 identifica los términos tiempo completo y horario normal de trabajo con la jornada de ocho horas diarias de labor; ello significa, dice, que un educador nombrado de tiempo completo pero con jornada laboral inferior a ocho horas diarias, podrá desempeñar otro cargo de iguales características sin violar el artículo 64 de la Constitución Política anterior, caso en el cual se encontraba, por cuanto en ninguno de los dos empleos tenía jornada de ocho horas diarias; de modo que para los efectos de la prohibición consagrada en el citado decreto no era docente de tiempo completo.

Refuta, igualmente, la aseveración del *a quo* en el sentido de que conforme a las prescripciones del artículo 75 del Acuerdo número 19 de 1960 del Consejo Superior de la Universidad de Antioquia, debía laborar ocho horas diarias, fundamentándose en el hecho de que la norma mencionada fue derogada expresamente por el Acuerdo número 74 de 1987; más aún, ella había dejado de tener vigencia en virtud del laudo arbitral de 6 de agosto de 1964, homologado por la Corte Suprema de Justicia el 7 de diciembre del mismo año, que regulaba las relaciones de la Universidad con sus profesores. Dice el apelante que "este Acuerdo revoca *el artículo 75 del reglamento del Liceo Antioqueño adoptado por el Acuerdo 19 de 1960,* y la Resolución 2 del 31 de enero de 1964 en cuanto se refiere a los profesores internos del Liceo ..." (fl. 152).

Indica también que "El Estatuto regulador de dicha jornada es el Decreto 179 de 1982 y los reglamentos expedidos últimamente por el Consejo Superior del Alma Máter, que exigen la permanencia de docentes en la institución durante toda la jornada diaria de trabajo pero con base en 35 períodos académicos" (fls. 152 y 153) y luego transcribe algunos apartes de la sentencia de 24 de enero de 1985 de esta Sección, expediente número 3588, Actor: Ramano Pezzotti Villegas, Magistrado ponente, doctor Alvaro Orejuela Gómez, en la cual se precisa que los destinos desempeñados por el señor Pezzotti Villegas en su calidad de docente, no eran de tiempo completo pues las respectivas jornadas eran inferiores a

ocho horas diarias. Aporte que erró el Tribunal al sustentar su decisión en las sentencias de 5 de octubre y 10 de diciembre de 1990 del Consejo de Estado, en las cuales se analizaron situaciones que son totalmente diferentes del asunto debatido, pues, "en dicha sentencia se partió de la base de que el demandante era profesor de 'tiempo completo' "; en cambio, en este negocio y en otros similares se parte de la base de no ser docente de tiempo completo para los efectos previstos en el artículo 1º del Decreto 1713 de 1960; que tales fallos se basaron en disposiciones derogadas (Dec. 2933 de 1978 por el art. 17 del Dec. 386 de 22 de febrero de 1980) y declaradas inexequibles (art. 12, Dec. 329 de 1981. Sentencia de 23 de septiembre de 1981 de la Corte Suprema de Justicia) y en estatutos que, al igual que el Decreto 329 de 1981, por extralimitación de facultades otorgadas al Presidente de la República para su expedición, son inaplicables, como es el caso de los artículos 10 y 9º de los Decretos 269 de 1982 y 294 de 1983, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, tras precisar "que el concepto de tiempo completo y los de jornada laboral y horario de trabajo no son equivalentes, pues mientras el primero se refiere al trabajo diario de ocho horas, los segundos aluden a la actividad docente que, diaria y semanalmente, cumplen los diversos establecimientos educativos oficiales, en desarrollo de sus programas y que atienden, como lo relaciona el artículo 3º del Decreto 179 de 1982, "... al cumplimiento del calendario y desarrollo del currículo escolar; a la atención y preparación académica; a la investigación de asuntos pedagógicos; a las labores de orientación, disciplina y formación de alumnos ..." (fls. 194 y 195), señala que el demandante laboraba en el Liceo Antioqueño treinta y cinco horas semanales, con una carga académica de 20 horas y un horario de 6:45 a.m. a 12:45 p.m., la cual le permitía cumplir con la actividad docente prevista en el artículo citado: atención y preparación de clases, investigación de asuntos pedagógicos, labores de orientación, disciplina y formación de alumnos y a la vez cumplir también una jornada similar con 19 horas de clases y un horario de 1:45 a 7:00 p.m. en el Instituto Industrial Antonio Mesa Naranjo, sin que hubiera interferencia entre las jornadas laborales y los horarios normales de actividad y, por ende, debe concluirse que esto le permitía el ejercicio regular de tales cargos y percibir válidamente en forma simultánea, dos asignaciones del tesoro público.

De otra parte, el colaborador fiscal puntualiza que contrariamente a lo aseverado por el *a quo*, el accionante no podía ser declarado insubsistente según lo normado en el artículo 7º del Decreto 2277 de 1979, porque esa medida procede cuando "el docente no cumple con las estipulaciones fijadas en los artículos 5º y 6º de la misma preceptiva, esto es, que no posea título académico ni esté inscrito en el escalafón nacional, exigencias legales éstas que llena el demandante" (fl. 198).

De acuerdo con los anteriores planteamientos, la Fiscalía opina que el fallo apelado debe revocarse y, en su lugar, declararse que el demandante tiene el derecho que reclama.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La controversia planteada gira en torno a la legalidad de la Resolución 221 de 20 de febrero de 1989, por medio de la cual la Rectoría de la Universidad de Antioquia declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de profesor de tiempo completo adscrito al Liceo Antioqueño, por cuanto para la fecha de su designación en dicho empleo -13 de marzo de 1985-, se hallaba vinculado como profesor de tiempo completo a otro establecimiento de carácter oficial, situación que, según se dice en dicho acto, "se encuentra expresa y reiteradamente prohibida en disposiciones constitucionales y legales" (fl. 31).

El artículo 64 de la Constitución Política de 1886, como regla general, prohibía "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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y los municipios".

En desarrollo del precepto supralegal, entre otros, se expidió el Decreto 1713 de 1960 que en su artículo 1º consagraba varias excepciones a la regla contemplada en dicha norma, entre ellas, la que permite recibir "... a) Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo", y "... b) Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos". El parágrafo del artículo 1º *ibidem*, precisa que "se entiende por horario normal de trabajo la jornada de ocho (8) horas".

Sobre el particular la Sala observa que si bien en el citado parágrafo se da una definición de *horario normal de trabajo,* al cual en ningún momento alude el literal a) del Decreto 1713 de 1960, ello no implica que la expresión "profesorado de tiempo completo" utilizada en la norma últimamente citada, adquiera un significado distinto del que el ordenamiento jurídico le ha atribuido.

Profesor de tiempo completo es el que labora durante toda la jornada que los planteles educativos de enseñanza media establecen a fin de cumplir con el *pensum* señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria.

El literal a) del artículo 1º del decreto mencionado al consagrar una excepción a la prohibición constitucional aludida, hace referencia expresa al profesorado de tiempo completo para sustraerlo de dicha excepción. Dada la diafanidad de los términos en él empleados, la precisión del concepto y el carácter restrictivo que el ordenamiento jurídico ha previsto para los regímenes de excepciones, la Sala estima que no es del caso recurrir al análisis interpretativo del parágrafo de la norma citada, para saber si el actor era en ambos establecimientos educativos, profesor de tiempo completo, pues no hay duda alguna acerca de esa condición.

El horario normal de trabajo de 8 horas, tiene que ver con otro literal, el b), y teniendo los docentes regulación expresa debe aplicárseles ésta, no la que se refiere a profesionales con título universitario.

Es incuestionable que a la luz del Decreto 1713 de 1960 está vedado a una misma persona ocupar en forma simultánea dos cargos docentes de tiempo completo, independientemente de la derogatoria o declaratoria de inexequibilidad de los decretos a los cuales se refiere el apelante.

De manera que como el señor Zapata Mejía, según se desprende de las pruebas allegadas a los autos, simultáneamente se desempeñaba como profesor de tiempo completo en el Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia (fl. 37) y en el Inem Industrial Antonio Mesa Naranjo (fl. 116), fácil es concluir que se hallaba incurso en la prohibición contemplada en el artículo 64 de la citada Constitución. Por tanto, la resolución demandada por la cual se dispuso la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo que desempeñaba en esa Universidad, se ajusta a derecho.

De otra parte, cabe anotar que no se trasgreden las normas sobre estabilidad relativa de los docentes escalafonados contenidas en el

Decreto 2277 de 1979, que se invocan como violadas en la demanda, y que establecen que el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón, por cuanto tal preceptiva se refiere a los educadores escalafonados que dada la legalidad de su vinculación con el sector oficial, se encuentren rodeados de las garantías de estabilidad relativa que en ellas se consagran. Mas en el presente caso, no puede afirmarse que respecto de su vinculación sin respaldo jurídico con la Universidad de Antioquia, al actor le asistieran esos privilegios que se repite, se otorgan al docente cuya relación laboral con la entidad oficial se halla acorde con el ordenamiento jurídico.

Además, si se hubiera ordenado tal exclusión, ello hubiera repercutido desfavorablemente en las condiciones de la relación laboral del accionante en el Inem Industrial Antonio Mesa Naranjo.

Resta anotar que la prohibición de desempeñar simultáneamente dos cargos públicos, se halla consagrada hoy en el artículo 128 de la Constitución de 1991, y fue objeto de desarrollo entre otras normas, por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, que prescribe:

> "Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:
>
> "g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados."

No ha habido pues, quebranto de las normas constitucionales y legales indicadas en el libelo, porque es claro que un profesor nombrado de tiempo completo en plantel educativo de la Nación, del departamento o del municipio, no puede devengar simultáneamente otro u otros sueldos como educador de tiempo completo en otras instituciones educativas oficiales.

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 3 de mayo de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso promovido por el señor Ramón Antonio Zapata Mejía contra la Universidad de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 4 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna (ausente); *Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIAS JUDICIALES / RECURSO DE APELACION - Improcedencia

Según el artículo 31 de la nueva Carta "toda sentencia podrá ser apelada o consultada", pero también el texto señala: "salvo las excepciones que consagre la ley", con lo cual está indicado claramente que no todas las sentencias pueden ser apeladas o tienen grado de consulta, y si bien la norma no hace referencia a la cuantía, ello no significa que ésta no pueda ser determinante de las dos instancias o que no puede aplicarse para tales efectos, porque bien puede el legislador, en uso de las atribuciones conferidas, regular las excepciones con fundamento en la misma.

***Además, al usar la regla constitucional que se examina la expresión "que consagre la ley" no significa que la establezca para un futuro, sino para un presente continuo; la ley, la vigente o la que esté vigente en el porvenir, puede consagrar excepciones a la regla general. Entonces si el C.C.A., que es "ley", y los decretos-ley que lo han reformado, han consagrado que hay procesos del conocimiento de los tribunales en única instancia, es obvio concluir que la segunda instancia no juega para ellos entre los cuales se ubica el caso del asunto* sub lite.**

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., 17 de febrero de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 7500.

Recurso de Queja.

Actor: Pedro Julio Barreto Barreto.

Procede la Sala a desatar el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 14 de agosto de 1992,

proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", mediante el cual se negó conceder el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 26 de junio de 1992, que negó las súplicas de la demanda.

Para negar la concesión del recurso de alzada arguye el Tribunal en la providencia que en el libelo demandatorio no se hizo la estimación razonada de la cuantía a objeto de establecer la competencia, de conformidad con lo prescrito en los artículos 131 y 132 del C.C.A., pero como se trata de la desvinculación del servicio del demandante se tendrá en cuenta la asignación mensual correspondiente al cargo que éste desempeñaba, que con vista en los antecedentes allegados al expediente se demuestra que esa asignación no excedía la suma de $80.000.00 para la época en que se produjo el retiro del demandante del servicio (9 de septiembre de 1987) y, por tanto, el proceso es de única instancia, conforme a los Decretos 01 de 1984 y 3867 de 1985.

Contra el auto en comentario y en acatamiento del artículo 378 de C. de P.C., el apoderado del actor recurrió en reposición con argumentos similares a los consignados en la sustentación del recurso de queja, y que serán materia de análisis más adelante.

El Tribunal en auto de 11 de septiembre de 1992 (fls. 18 a 20) no accede a reponer la providencia y, en su lugar, dispone que se expidan las copias pertinentes del proceso solicitadas por el apoderado del actor para que instaure el recurso de queja.

En la sustentación de este último medio de impugnación dice el apoderado recurrente que el artículo 181 del C.C.A. relaciona las sentencias como susceptibles del recurso de apelación, y, por su parte, el artículo 31 de la Constitución Nacional de 1991 consagra el principio de las dos instancias, según el cual toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. Pero, que estas excepciones no han sido establecidas como se deduce del tiempo subjuntivo que emplea el canon constitucional, puesto que de lo contrario, hubiera empleado el presente o el pretérito. Empero, el Tribunal al no conceder la alzada infringe la Carta, de la cual en ese aspecto, hace una interpretación muy amplia, cuando debe ser restringida, por la naturaleza misma del precepto. Y, por último, que las excepciones deben ser taxativas y del resorte del legislador y, por ello, pretender el Tribunal regular la materia es arrogarse una facultad que no le está atribuida. Amén

de que cuando se presenta un conflicto entre la ley y la Constitución, debe ésta prevalecer en su aplicación.

SE CONSIDERA:

El artículo 31 de la Constitución Nacional de 1991, invocada por el apoderado recurrente en queja, establece: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley".

Cierto es, por consiguiente, que según el artículo 31 de la nueva Carta "toda sentencia podrá ser apelada o consultada", pero también el texto señala: "salvo las excepciones que consagre la ley", con lo cual está indicando claramente que no todas las sentencias pueden ser apeladas o tienen grado de consulta, y si bien la norma no hace referencia a la cuantía, como observa el recurrente, ello no significa que ésta no pueda ser determinante de las dos instancias o que no pueda aplicarse para tales efectos, porque bien puede al legislador, en uso de las atribuciones conferidas, regular las excepciones con fundamento en la misma. Además, al usar la regla constitucional que se examina la expresión "que consagre la ley", no significa que la establezca para un futuro, sino para un presente continuo: la ley, la vigente o la que esté vigente en el porvenir, puede consagrar excepciones a la regla general. Entonces si el Código Contencioso Administrativo, que es "ley", y los decretos-ley que lo han reformado han consagrado que hay procesos del conocimiento de los Tribunales en única instancia, es obvio concluir que la segunda instancia no juega para ellos, entre los cuales se ubica el caso del asunto *sub lite*.

Lo anterior significa que la Sala reitera su interpretación al artículo 31 de la Constitución de 1991, en la misma forma que lo hiciera en el expediente 7216, auto de 9 de noviembre de 1992, consejera ponente, doctora Clara Forero de Castro.

Con base en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

RESUELVE:

1. Declárase bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de junio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, subsección "A".

2. En firme este proveído, envíese la actuación al mencionado Tribunal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 28 de enero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro (ausente); *Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SALARIO / PAGO / ACTO DEFINITIVO - Inexistencia / ACCION DE NULIDAD - Improcedencia

Es obvio que el pago de salarios a los servidores oficiales es la materialización o concreción en un hecho del deber de la administración a remunerar a aquéllos la prestación de sus servicios, mas no un acto que ponga fin a una actuación administrativa que es lo esencial de los actos definitivos, únicos susceptibles de ser demandados a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 18 de 1993

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente número 4827.

Autoridades departamentales.

Actor: José Jesús Laverde Ospina.

El señor José Jesús Laverde Ospina, obrando en nombre propio, impetra la "nulidad al pago del sueldo con cargo al Tesoro Departamental que se viene efectuando a favor del señor Gobernador" del Departamento del Quindío "por considerarlo inconstitucional e ilegal, por ser un funcionario que su designación emana del Gobierno Nacional, conforme la facultad del artículo 120, numeral 4 de la Constitución Nacional" (fl. 5).

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Quindío declaró la inhibición para conocer del fondo del litigio "por falta del presupuesto procesal competencia del juzgador" (fl. 63), en virtud de que estimó que "no es procedente demandar la nulidad del pago de unos sueldos, cuando dicho pago constituye, como en este asunto, una mera ejecución del acto administra-

tivo por medio del cual haya sido aprobada la partida correspondiente, pues los actos de ejecución, por regla general, no son controlables por medio de las acciones contenciosas, lo son, por excepción, en los casos contemplados en el numeral 2 del artículo 153 del C.C.A., al cual remite el artículo 84, inciso cuarto, del C.C.A., pero tales casos no son los que nos ocupan" (fl. 62).

Y continúa precisando el fallador:

"Si el actor considera que el señor Gobernador del Departamento del Quindío no tiene derecho a recibir sueldos de parte del mencionado ente, en lugar de demandar directamente el pago de tales sueldos que, como se dijo, constituye una simple ejecución no demandable, ha debido dirigir la acción incoada en este plenario contra el acto administrativo que le sirve de causa o respaldo a dichos pagos" (fl. 62).

EL RECURSO

Al sustentar el recurso de alzada contra la sentencia comentada, el apelante reitera que sigue considerando que los gobernadores de los departamentos son funcionarios del orden nacional y, por tanto, corresponde a la Tesorería General de la República o a quien haga sus veces, atender el pago de los salarios del Gobernador del Quindío, por cuanto si éste es "agente directo del señor Presidente de la República y de él emana su nombramiento, de conformidad con la facultad señalada en el numeral 4 del artículo 120 de la Ley de Leyes, es fácilmente deducible que el pago de sus sueldos estén a cargo del Tesoro que Administra a nivel nacional el señor Presidente de la República, a través del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, pero en ningún momento el mero Decreto del Gobierno Nacional, en donde discrecionalmente designa y remueve a los señores gobernadores, puede ser norma de superior jerarquía para afectar a favor de uno de sus agentes el fisco seccional, porque ello conllevaría a violar flagrantemente los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional" (fls. 67 y 68).

Y concluye aseverando que como el artículo 183 de la Carta Política señala que los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su exclusiva propiedad y no pueden ser ocupadas sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada "no es posible que un acto administrativo del Gobierno Nacional, sin ton, ni son, venga a ocupar o erosionar por vía de hecho el Tesoro Departamental, pues si el Gobierno Nacional designa funcionarios de acuerdo con su facultad constitucional

y legal, está en todo su derecho, pero el tesoro o fondos que debe afectar con la nómina de estos funcionarios, es (sic) los de la Tesorería General de la República, pero en ningún caso los fondos del Departamento o los Municipios, porque en estos casos es la propia Constitución Nacional, la que perentoriamente le está señalando que no tiene la más mínima facultad para ordenar el Gasto Público" (fl. 68).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Por compartir en su integridad los razonamientos expuestos por el *a quo* para declarar la inhibición, la Fiscalía Cuarta de la Corporación opina que el fallo debe confirmarse.

Surtido el trámite pertinente y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Para poder analizar la validez de los planteamientos expuestos por el accionante al fundamentar la impugnación de la actividad oficial cuestionada, en los cuales insiste al sustentar el recurso de apelación, es indispensable establecer previamente si la decisión inhibitoria del fallador de primera instancia se ajusta o no a la preceptiva jurídica reguladora de las acciones contencioso-administrativas, puesto que ella se fundamenta precisamente en la inviabilidad de demandar la nulidad del pago de sueldos al gobernador del departamento del Quindío, por ser aquél un acto de ejecución.

El hecho o más exactamente la operación material de la administración de cancelar a la persona que desempeña un cargo público la remuneración por los servicios prestados, a la luz de lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A. antes de las modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989, vigente para la época en que se presentó la demanda, por no tener carácter de acto definitivo, ni ser un acto de trámite, preparatorio o de *ejecución* de los previstos en los artículos 50, 88 y 153 de dicho Código, no era pasible de la acción de nulidad consagrada en la norma primeramente mencionada.

En efecto, el artículo citado, consagratorio de la acción de nulidad preceptuada, dice:

"Artículo 84. *Acción de nulidad.* Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, la nulidad de los actos administrativos. Esta acción se denomina de nulidad y procederá no sólo cuando

dichos actos infrinjan las normas a las que debían estar sujetos, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera.

Estos motivos podrán invocarse en todas las acciones en que se impugne un acto administrativo, cualquiera que sea su finalidad.

Esta acción procede contra los actos de carácter definitivo; *excepcionalmente contra los preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 de este Código."*

Es obvio que el pago de salarios a los servidores oficiales es la materialización o concreción en un hecho del deber de la administración a remunerar a aquéllos la prestación de sus servicios, mas no un acto que ponga fin a una actuación administrativa que es lo esencial de los actos definitivos según voces del artículo 50 del C.C.A., únicos, se repite, susceptibles de ser demandados a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Reza así el inciso final de la norma en referencia:

"Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla."

No demandándose entonces un acto administrativo de carácter definitivo como lo exigía la normatividad que gobernaba el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas y, en especial, la de nulidad que según se desprende del texto de la demanda "con todo comedimiento, solicito a los honorables señores Magistrados, se dignen decretar nulidad al pago del sueldo con cargo al tesoro departamental que se viene efectuando a favor del señor Gobernador" (fl. 5), fue la que promovió el actor, forzoso es concluir que la decisión inhibitoria del *a quo* debe mantenerse y que no es dable, en consecuencia, revocarla para proferir fallo favorable a las súplicas del libelista como lo reclama el apelante, en virtud de la ineptitud sustantiva de la demanda.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso promovido por José Jesús Laverde Ospina, a fin de obtener la nulidad del pago del sueldo con cargo al Tesoro Departamental del Quindío al Gobernador de este Departamento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 4 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna (ausente); *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO FICTO - Recursos / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento

El silencio administrativo negativo no surgía respecto de la petición inicial que no hubiera sido resuelta, sino que era menester que el interesado interpusiera los recursos pertinentes, contra el acto ficto que emergiera después de tres meses de elevada la solicitud en vía gubernativa, pues el fenómeno definitivo sólo operaba "frente a los recursos interpuestos".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá D.C., 19 de febrero de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 4330.

Autoridades departamentales.

Actor: Raúl Parra Martínez.

Decídese el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia calendada a catorce (14) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el cual se declaró en ella inhibido para analizar en el fondo las peticiones de la parte actora por no agotamiento de la vía gubernativa.

Trátase, pues, de analizar lo atinente al proceso originado en la demanda incoada por el señor Raúl Parra Martínez, por conducto de apoderado, ejerciendo la acción de restablecimiento y derecho, tendiente a obtener la declaratoria de silencio administrativo en torno a la solicitud que elevara a la Oficina de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas para el pago de su cesantía definitiva.

En el fallo materia de la alzada el *a quo* que a la luz de las normatividades contenidas en el Decreto-ley 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-, vigente cuando fue presentado el libelo y cuando se evacuó la providencia en cuestión, de manera plena y prístina, no era

posible deducir la ocurrencia de dicho fenómeno con la sola elevación de la petición inicial al Director de la Oficina de Prestaciones Sociales del mencionado departamento, dejando de transcurrir un plazo superior a tres meses, contados a partir del 3 de abril de 1985, sin formular a la Administración ninguna otra solicitud, con el fin de interponer los recursos pertinentes contra esa decisión ficta y negativa ante las autoridades del caso, lo que es necesario según las pautas del artículo 40 del C. C. A. "Y si así se hubiera procedido -explica- es decir, haber aducido los remedios jurídicos indicados y hubiera transcurrido dos meses, contados a partir de la interposición de esos recursos sin que se hubiera notificado decisión expresa sobre ellos, entonces sí hubiera quedado abierta legalmente la vía jurisdiccional, según los artículos 60 y 135 de la obra en cita. Y como así no se procedió, ello significa que no se agotó la vía gubernativa, por lo que el Tribunal se debe declarar inhibido para una providencia de mérito en este proceso".

Comenta igualmente el Tribunal de Caldas que, como lo insinuó el fiscal colaborador, tal vez podría pensarse en la aplicación del artículo 7º de la Ley 24 de 1947, mas resulta claro que el mencionado Decreto-ley 01 de 1984 lo derogó tácitamente por ser norma contraria a él.

En la sustentación del recurso de apelación, la parte actora se remite a varios criterios de numerosos juristas, algunos de ellos actuales consejeros de Estado, en lo que se concierne al fenómeno del silencio administrativo, e incluye apartes de las consideraciones contenidas en la sentencia de 5 de septiembre de 1980, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, (Consejero ponente: doctor Ignacio Reyes Posada, actor: Víctor M. Salinas Grillo, expediente número 3167).

Y al descorrer el traslado de rigor, el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado emitió su concepto de ley en los siguientes términos:

> "Con el recurso de la referencia se pretende la revocatoria de la sentencia de abril 14 de 1989, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, mediante la cual se declaró inhibido para resolver el fondo de la litis.
>
> Para esta Agencia Fiscal, efectivamente no se operó el fenómeno jurídico del Silencio Administrativo Negativo invocado por el actor, pero por la siguiente razón: el término de un (1) mes en que se apoya el demandante y que consagraba el artículo 7º de la Ley 24 de 1947, fue subrogado por el de tres (3) meses que señalaba el artículo 40 del C. C. A.

Sólo por ello, ya que las disquisiciones en torno a los posibles recursos susceptibles de interponer contra el acto que debió producirse frente a la petición original o contra el acto *ficto*, no nos persuaden, entre otras cosas porque, de ser sólo susceptible del de reposición, éste no obligaba.

El fallo inhibitorio apelado amerita, creemos, confirmación."

Antes de estudiar lo anotado por el Tribunal, conviene recordar que, en la demanda pertinente, el actor solicitó declarar que el Departamento de Caldas (Oficina de Prestaciones Sociales) ha incurrido en el fenómeno jurídico del Silencio Administrativo que autoriza el ejercicio de la acción, por lo que ha de declararse la negativa presunta que surge de dicho silencio respecto a la petición que elevara en el sentido de tener derecho a disfrutar de un auxilio de cesantía definitiva, por los servicios laborados por el señor Parra Martínez en la Secretaría de Educación y que, en consecuencia, se condene al ente demandado a pagar ese auxilio en cuantía de $1.631.947.10, debiéndose hacer efectiva en el término señalado en los artículos 176 y 177 del C. C. A.

También se destaca que el libelo señala que el señor Parra Martínez empezó a trabajar para el departamento de Caldas el 4 de febrero de 1949, y que estuvo a su servicio hasta el 2 de abril de 1984, cumpliendo sus labores en Manizales, completando un tiempo de servicio de 35 años, un mes y 27 días, por lo que tiene derecho al auxilio de cesantía definitiva, Invoca los artículos 45 de la Constitución; 40 y siguientes del Decreto 01 de 1984, el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, el Decreto 221 de 1986, con extensa exposición de su concepto de violación de tales preceptos.

Sentado pues, lo anterior, sin que se observe defecto que incida en la validez de lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Sabido es que, incoada una demanda contentiva de una situación jurídica dada, ésta se rige por los principios y reglas que gobernaban la institución en ese momento, presentada, pues, la demanda que dio origen al caso *in examine* el 24 de febrero de 1986 (fl. 141, vto.), es claro que la institución jurídica invocada como franqueadora de la vía jurisdiccional por haber agotado, según la dicha demanda, la vía gubernativa, o sea, el silencio administrativo de tipo negativo, ha de regirse por los textos prístinos del nuevo Código Contencioso Administrativo contenido en el

Decreto-ley 01 de 1984, antes de las reformas adoptadas por el también Decreto-ley 2304 de 1989 y por el Decreto (reglamentario) 2823 del mencionado año.

Decía el hoy subrogado artículo 40 del C.C.A.:

Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo no exime la responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre *la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.*" (Los destacados no son del texto).

Y, concordantemente con esa regla, el artículo 135 *ibidem* decía:

"Posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administrativo o solicitar la nulidad de los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, será necesario:

1º Que se haya agotado la vía gubernativa, o

2º Que las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes, o

3º Que se haya operado el *fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos*" (nuevamente se destaca por la Sala).

De suerte que el silencio administrativo negativo no surgía respecto de la petición inicial que no hubiera sido resuelta, si no que era menester que el interesado interpusiera los recursos pertinentes, contra el acto *ficto* que emergiera después de tres meses de elevada la solicitud en vía gubernativa, pues el fenómeno definitivo sólo operaba *"frente a los recursos interpuestos"*.

Así lo entendió cabalmente el Tribunal al declararse inhibido en la providencia que ahora es materia de la alzada y de allí que las interesantes doctrinas y la jurisprudencia de esta Sección que recuerda el recurrente, aplicables a las situaciones *anteriores* a la vigencia del Decreto-ley 01 de 1984 no sean de recibo para la situación que ahora se analiza, plasmada, como se ha indicado, bajo la plenitud de vigencia del Decreto-ley 01 de 1984.

La Sala ha corroborado esta situación, dado que según la certificación obrante a folio 176, los actos de la oficina de prestaciones sociales de Caldas tienen como superior jerárquico al Gobernador del Departamento y ante él se surten sus apelaciones.

En la época actual ello no tendría operancia, puesto que, por una parte, el artículo 40 citado y transcrito arriba, si bien mantiene su vida propia a causa de la inexequibilidad sentenciada por la Corte a 21 de junio de 1990, respecto al artículo 1º del Decreto-ley 2304 de 1989, de vero es que la modificación introducida por el artículo 22 *ibidem* en lo que hace al artículo 153, se mantiene incólume, puesto que la misma Corte lo declaró conforme a la Carta Fundamental en sentencia de 30 de junio de ese mismo año.

La Sala, por consiguiente, habrá de confirmar la sentencia apelada, por adecuarse a la situación existente al momento de su pronunciamiento inhibitorio, ante no agotamiento de la vía gubernativa, tal como lo estatuían las reglas existentes para esa época.

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 14 de abril de 1989, dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas en este asunto.

No hay lugar a costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CADUCIDAD - Cómputo

El inciso 2 del artículo 136 del C.C.A., prescribe que la acción de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro meses contados a partir de la fecha de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Ello significa que el término corre a partir del día en que haya ocurrido el medio que, de acuerdo con la ley, debe cumplirse para dar a conocer el acto, es decir, de la notificación, comunicación o publicación y, sólo en defecto de éstas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la Administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia. En casos similares ha sostenido la Corporación que la ejecución no incide en la firmeza del acto, salvo que, como se ha dicho en anteriores oportunidades, se "tome ésta como figura sustitutiva a falta de publicación, comunicación o notificación. Legalmente notificado el acto comienza a contarse el término para que el afectado pueda accionar independientemente de su firmeza o de que se ejecute o no, sin que pueda entenderse prorrogado por el término que debe correr para que quede en firme ni interrumpido por su ejecución".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 19 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número 7536.

Apelación interlocutorio.

Actores: Virgilio Joya Bueno y otro.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 26 de agosto de 1992, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Atlántico inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

Argumentó el Tribunal que el acto acusado, Resolución 887 de marzo 25 de 1992, expedido por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual fueron declarados insubsistentes los demandantes, fue comunicado a éstos en la misma fecha y, por consiguiente, al momento de la presentación de la demanda (julio 30/92) ya se encontraba caducada la acción.

Por su parte, los demandantes alegan que el *a quo* dio aplicación a una norma inexistente, por cuanto el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo fue modificado por el Decreto 2304 de 1989, habiendo sido suprimido el término "comunicación" y por ello la providencia se sustentó en una norma que no corresponde.

Agregan que además, el acto cuestionado sólo les fue comunicado hasta el 31 de marzo de 1992, hecho del que afirman haber dejado constancia en el original de la comunicación y que habiendo laborado hasta esa fecha, que fue la que rigió para la insubsistencia, la voluntad administrativa se cumplió a partir del 1º de abril del mismo año.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El inciso 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo prescribe que la acción de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro meses contados a partir de la fecha de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Ello significa que el término corre a partir del día en que haya ocurrido el medio que, de acuerdo con la ley, debe cumplirse para dar a conocer el acto, es decir, de la notificación, comunicación o publicación y, sólo en defecto de éstas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la Administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia.

En casos similares ha sostenido la Corporación que la ejecución no incide en la firmeza del acto, salvo que, como se ha dicho en anteriores oportunidades, "se tome ésta como figura sustitutiva a falta de publicación, comunicación o notificación. Legalmente informado el acto, empieza a contarse el término para que el afectado pueda accionar, independientemente de su firmeza o de que se ejecute o no, sin que pueda entenderse prorrogado por el término que debe correr para que quede en firme ni interrumpido por su ejecución" (Sala Plena, sentencia de 21 de noviembre de 1991).

Sin embargo, observa la Sala que las comunicaciones de 25 de marzo de 1992 (fls. 19 y 32) tuvieron origen en la ciudad de Santafé de Bogotá

y como destino la ciudad de Barranquilla, lo que lleva a la lógica conclusión de que los interesados pudieron haberlas recibido, con fecha posterior a la de su emisión.

Como no aparece en el expediente prueba de la fecha en la cual los demandantes recibieron la comunicación de su insubsistencia y éstos en el memorial del recurso dicen que tuvieron conocimiento de tal hecho en la misma fecha de ejecución del acto sin que hasta ahora haya sido infirmada su aseveración, debe aceptarse que no aparece plenamente probado que en el *sub lite* haya ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

En consecuencia, estima la Sala que habrá de revocarse el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, la Sala,

RESUELVE:

1. *Revocar* el auto de 26 de agosto de 1992, proferido dentro del presente proceso por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

2. Admítese la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Virgilio Joya y Artemo Antonio Fontalvo contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para ello se dispone:

a) *Notifíquese personalmente* al Ministro de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo;

b) *Notifíquese personalmente* al Agente del Ministerio Público ante el Tribunal;

c) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en el numeral 5 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo;

d) Solicítese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público el envío de los antecedentes administrativos.

El Tribunal dará cumplimiento a lo ordenado en los literales a), b), c) y d).

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna (aclaró voto); *Carlos Arturo Orjuela Góngora* (aclaró voto); *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD - Término (Aclaración de voto)

La reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989 al artículo 136 del C.C.A., consistió en abolir la comunicación del acto administrativo como punto de partida para contabilizar los 4 meses de caducidad quedando así, simplemente, la publicación, la notificación y la ejecución para tal efecto. De esta suerte las dichas pautas o circunstancias son sucesivamente excluyentes. No son alternativas, es decir, que si en un caso concreto ha ocurrido una de ellas, no será tenida en consideración la siguiente, y así sucesivamente hasta llegar a la última, o sea la ejecución. De tal manera que si el acto fue publicado, será la fecha de la publicación la que servirá para determinar el transcurso de los 4 meses y no serán tenidos en cuenta la notificación y la ejecución. Pero si no fue publicado, pero sí notificado, será esta la circunstancia que ha de tenerse en cuenta. Y en el caso de no haber sido publicado, será en última la ejecución, la circunstancia o pauta a partir de la cual debe contarse el término de caducidad. En el caso de autos no está demostrado que el acto se publicase o se notificase, pero si fue comunicado y ejecutado, pero como la comunicación fue abolida, es la ejecución la que debe contarse para saber si la demanda fue presentada en término.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

Fue ponente el suscrito del proyecto de auto denegado por la ilustrada mayoría de la Sala en sesión de 11 de febrero de 1993. Hoy, se permite aclarar su voto con relación a tesis sostenidas en el asunto del rubro con los mismos argumentos que se esgrimieron en el mencionado proyecto, así:

El artículo 136 del C.C.A., antes de ser modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, establecía que la acción de restablecimiento del

derecho actualmente "de nulidad y restablecimiento del derecho", caducaba al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso.

La reforma introducida por el mencionado (Dec. 2304 de 1989) consistió en abolir la *comunicación* del acto administrativo como punto de partida para contabilizar los cuatro (4) meses de caducidad, quedando así, simplemente, la *publicación*, la *notificación* y la *ejecución* para tal efecto.

De esta suerte, las dichas pautas o circunstancias son sucesivamente excluyentes. No son alternativas. Es decir, que si en un caso concreto ha ocurrido una de ellas, no será tenida en consideración la siguiente, y así sucesivamente hasta llegar a la última, o sea la ejecución. De tal manera que si el acto fue publicado, será la fecha de la publicación la que servirá para determinar el transcurso de los cuatro (4) meses y no serán tenidos en cuenta la notificación y la ejecución. Pero si no fue publicado, pero sí notificado, será ésta la circunstancia que ha de tenerse en cuenta. Y en el caso de no haber sido publicado, será en últimas la ejecución la circunstancia o pauta a partir de la cual debe contarse el término de caducidad. En otras palabras, con el Decreto 2304 de 1989 se volvió al sistema que consagraba la Ley 167 de 1941.

Ahora, pues, la comunicación, pese a que la haya, no es pauta para contar la caducidad.

En el caso de autos no está demostrado que el acto se publicase o se notificase, pero sí fue comunicado y ejecutado. Pero como la comunicación fue abolida, según se ha visto, es la ejecución la que debe contarse para saber si la demanda fue presentada en término.

En el expediente está demostrado con certificaciones que los demandantes laboraron hasta el 31 de marzo de 1992, es decir, que la ejecución del acto tuvo ocurrencia el 1º de abril del mismo año, que fue el día en que cesaron sus funciones. Por tanto, el término de caducidad precluyó el 1º de agosto *ibidem*. Y como la demanda fue presentada el 30 de julio del año en cuestión ante la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de la Carrera Judicial en Barranquilla, y al día siguiente fue repartida por ella entre los magistrados del Tribunal, se concluye que se hizo cuando aún no había ocurrido tal fenómeno.

De allí que el suscrito esté de acuerdo con la conclusión a que llega la ilustrada mayoría de la Sala de revocar el auto objeto de la apelación

y, en su lugar, admitir la demanda, pero por motivos o consideraciones bastante diferentes.

Con todo respeto,

Fecha, *ut supra*.

Alvaro Lecompte Luna.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD - Término (Aclaración de voto)

Desde la expedición del Decreto 2304 de 1989, para contar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no existen sino tres hipótesis: publicación, notificación o ejecución del acto. En el evento de autos, los actos acusados no requerían publicación; tampoco notificación personal, y de hecho no fueron notificados personalmente, es decir, con las formalidades que las disposiciones del C.C.A., disponen al efecto. Por consiguiente, en frente de la norma legal traída a colación, el único elemento adicional que existe es el de la ejecución del acto; por lo cual, al suscrito no le cabe duda alguna de que es a partir de ese momento cuando comienza a correr el término de caducidad correspondiente. Si la administración dispuso comunicarle los actos a los afectados con los mismos, no puede el juez a su capricho, entender que esto equivale a una publicación o a una notificación, porque la ley no se lo permite. En consecuencia, como la disposición legal es clara y expresa, si el juez resuelve tomar como punto de partida para contar el término de caducidad el de una comunicación que la ley no prevé, le está introduciendo un elemento nuevo, que aquélla no trae, con lo cual invade la órbita del propio legislador, de un lado; y del otro, exigiéndole al particular una conducta que la ley no le impone.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS ORJUELA GONGORA

Si bien comparto en su esencia lo dispuesto por la Sala en auto del 19 de febrero del año en curso, dictado en el trámite de apelación del proferido el 26 de agosto de 1992 por el Tribunal Administrativo del

Atlántico, quiero aclarar mi pensamiento en lo que hace con el tema del momento a partir del cual debe comenzar a contarse el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aspecto sobre el cual mi criterio difiere del adoptado mayoritariamente por la Sala, a saber:

1. En primer término, debo expresar que los argumentos expuestos por el Consejero, doctor Alvaro Lecompte Luna en su aclaración de voto, los encuentro coincidentes con los míos y por ello los prohijo en sus lineamientos básicos.

2. El artículo 136 del C.C.A., modificado por el 23 del Decreto 2304 de 1989, dispone, en cuanto a la acción mencionada, que:

> "La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso."

Esto es, que desde la expedición de este nuevo ordenamiento, para contar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no existen sino tres hipótesis: publicación, notificación o ejecución del acto.

En el evento de autos, los actos acusados no requerían publicación; tampoco notificación personal (o al menos no fue expresamente ordenada por las autoridades que los expidieron), y de hecho no fueron notificados personalmente, es decir, con las formalidades que las disposiciones del C.C.A. disponen al efecto.

Por consiguiente, enfrente de la norma legal traída a colación, el único elemento adicional que existe es el de la ejecución del acto; por lo cual, al suscrito no le cabe duda alguna de que es a partir de este momento cuando comienza a correr el término de caducidad correspondiente.

Si la administración dispuso comunicarle los actos a los afectados con los mismos, no puede el juez, a su capricho entender que esto equivale a una publicación o a una notificación, porque la ley no se lo permite.

En consecuencia, como la disposición legal es clara y expresa, si el juez resuelve tomar como punto de partida para contar el término de caducidad el de una comunicación que la ley no prevé, le está introduciendo un elemento nuevo, que aquélla no trae, con lo cual invade la órbita del propio legislador, de un lado; y del otro, exigiéndole al particular una conducta que la ley no le impone.

SECCION SEGUNDA

En estos puntos, pues, radica mi disentimiento en cuanto a la tesis sentada por la mayoría de la Sala.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Finalidad (Salvamento de voto)

Desde el Decreto 528 de 1964 (art. 24) para unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado, que podía resultar dispersa por el funcionamiento separado de sus Salas, se otorgó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la competencia para modificar su jurisprudencia; hoy esta atribución se encuentra dispuesta por el artículo 97-6 del Código Contencioso Administrativo y, como antes también hoy debe operar normalmente por iniciativa de la Sección que desee modificar la jurisprudencia anterior. Pero como era posible que consciente o inadvertidamente una sección modificara sin anuencia de la Sala Plena una jurisprudencia, la Ley 11 de 1975 previó un procedimiento para purgar el vicio de incompetencia e instituyó el recurso extraordinario de súplica, concebido como un instrumento para unificar la jurisprudencia, no para mantenerla intangible como lo entendió en esa oportunidad la mayoría de la Sala. La razón del recurso por tanto, no ha sido nunca la "violación" de la jurisprudencia; la razón siempre ha sido el vicio de incompetencia de la Sección que sin acudir a la Sala Plena modifica la jurisprudencia de ésta. En este entendimiento del recurso que yo sigo prohijando, no hay lugar a considerar que exista contrariedad alguna entre el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 230 de la nueva Carta Política, precepto este último que por lo demás, sólo repite el principio de la sujeción del juez a la ley positiva consagrado ya en la Ley 153 de 1887. Por el contrario, a mi juicio la decisión mayoritaria de la Sala desconoce este principio, porque a pesar de que pregona el imperio de la Ley, sin razón alguna deja de aplicar la ley que consagra positivamente el recurso.

SECCION SEGUNDA

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Respetuosamente me permito explicar mi voto negativo a la decisión mayoritaria de la Sala de "no conceder el recurso extraordinario de súplica", por considerarlo incompatible con la nueva Constitución Política.

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

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

Pero como era posible que consciente o inadvertidamente una Sección modificara sin anuencia de la Sala Plena una Jurisprudencia, la Ley 11 de 1975 previó un procedimiento para purgar el vicio de incompetencia e instituyó el recurso extraordinario de súplica, concebido como un instrumento para unificar la jurisprudencia, no para mantenerla intangible como lo entendió en esta oportunidad la mayoría de la Sala. La razón del recurso por tanto, no ha sido nunca la "violación" de la jurisprudencia; la razón siempre ha sido el vicio de incompetencia de la Sección que sin acudir a la Sala Plena modifica la jurisprudencia de ésta.

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

En este entendimiento del recurso que yo sigo prohijando, no hay lugar a considerar que exista contrariedad alguna entre el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 230 de la nueva Carga

Política, precepto este último que por lo demás, sólo repite el principio de la sujeción del juez a la ley positiva, consagrado ya en la Ley 153 de 1887.

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

Atentamente,

Dolly Pedraza de Arenas.

DEMANDA - Ineptitud

En este caso no se demandó la nulidad de los actos que pudieron haber vulnerado en general el derecho de los supervisores, ni se solicitó su inaplicabilidad por vía de excepción en este caso concreto, es evidente entonces, que la demanda es inepta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 22 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 4846.

Autoridades Departamentales.

Actor: Vicente Valderrama Rojo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1º de septiembre de 1989 por el Tribunal Administrativo de Antioquia,

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho el señor Vicente Valderrama Rojo pidió al Tribunal,

DECLARAR:

a) Que como Supervisor Docente es empleado del orden departamental al servicio de la Secretaría de Educación y Cultura de Antioquia y que así lo ha sido desde su nombramiento;

b) Que como consecuencia de lo anterior se declare nulo el acto negativo presunto derivado del silencio frente a su petición de 13 de mayo de 1986 y nula, así mismo, la Resolución 35086 de marzo 30 de 1987 por medio de la cual el Gobernador del Departamento revocó esa presunta negativa. Demandó, de igual modo, el restablecimiento de su derecho (fl. 23).

El Tribunal se declaró inhibido para fallar el fondo del asunto por ser la demanda sustantivamente inepta (fls. 122 a 129) apoyándose para el efecto en pronunciamiento de dicha corporación de 4 de agosto de 1989.

Por su parte el apoderado del actor, en el escrito de sustentación del recurso de apelación (fls. 175 a 177), expone las razones de inconformidad con el fallo del *a quo*, manifestando en síntesis que el demandante es funcionario de carácter departamental y no del orden nacional; así mismo, que en el caso *sub examine* no existe acto complejo.

La doctora Fiscal Quinto de la Corporación sostiene que no fueron los actos demandados los que desconocieron el derecho del actor sino los Acuerdos 002 y 002 bis del 14 de enero y 28 de febrero de 1983, que convirtieron los cargos de supervisores docentes de Antioquia en empleos del orden nacional, los cuales están amparados por la presunción de legalidad, pues no han sido anulados ni impugnados, por lo cual siguen teniendo vigencia, circunstancia suficiente que obstaculiza dar curso a las súplicas del libelo; que así las cosas el fallo recurrido amerita ser confirmado (fls. 239 a 242).

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES

Lo primero que se observa es que en este caso no se demandó la nulidad de los actos que ciertamente pudieron haber vulnerado, en general, el derecho de los supervisores, ni se solicitó su inaplicabilidad por vía de excepción en este caso concreto.

En efecto, el libelo narra que la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Antioquia, sin fundamento legal ninguno, a juicio del demandante, incluyó a los supervisores docentes en las plantas de personal de los planteles educativos nacionalizados; que tomó esa decisión por sí y ante sí, mediante "... Acuerdo número 002 del 14 de enero de 1983, en concordancia con el Acuerdo número 002 bis del 28 de febrero de 1983, los que, por toda señal de aprobación del Ministerio de Educación Nacional, llevan sólo el visto bueno del Ministro con la inclusión de su firma y de su sello oficial" (fl. 20).

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos similares al presente y es así como en sentencia de 24 de junio de 1992 (exp. 4904. Actor: Cerón Macario Figueroa Villa), con ponencia del Consejero, doctor Joaquín Barreto Ruiz, se dijo:

"... para el accionante es claro que los actos administrativos que estima le vulneraron los derechos que reclama, son aquellos por medio de los cuales se incluyó a los supervisores docentes en la planta de cargos nacionalizados en el departamento de Antioquia, o sea los acuerdos del FER que, él mismo señala, se expidieron en 1983. Por ello no es procedente ahora intentar obtener un pronunciamiento de la administración sobre la viabilidad del reconocimiento de los emolumentos que dejó de percibir como consecuencia de la expedición de los referidos acuerdos, sin haber impetrado su inaplicabilidad o su nulidad por ser contrarios al ordenamiento jurídico, pues mal podrían anularse los actos administrativos demandados, en el evento de que al entrar al fondo fuera esa la conclusión a que se llegare, y dejar surtiendo todos sus efectos a aquellos que por servir de fundamento a los actos anulados, impedirían el restablecimiento del derecho que alega haber sido conculcado."

Es evidente entonces, por las razones anotadas, que la demanda es inepta y por ello el fallo que así lo decidió amerita confirmación.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 1º de septiembre de 1989 dentro del proceso iniciado por Vicente Valderrama Rojo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 11 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Ineptitud / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD / SILENCIO ADMINISTRATIVO - Improcedencia

En el caso* sub lite *se presenta que no hubo, en verdad, un acto administrativo ficto o presunto; es más: no hubo silencio administrativo, pues la administración sí emitió un acto expreso, y si como se deduce de documentos traídos como prueba al expediente que ahora se estudia, ya antes la misma parte actora había presentado demanda de reparación directa contra dicho acto y por los mismos hechos que en la demanda se dio origen a este proceso se narran, es de colegir que para esa fecha ya esa parte actora conocía la existencia del acto. Y si se tiene como fecha de notificación el 14 de abril de 1986, se concluye que al incoar esta demanda el 9 de diciembre de 1987, había transcurrido un lapso muy superior a los cuatro meses, y operó el fenómeno de la caducidad.

ACTO ADMINISTRATIVO - Requisitos / PRESUNCION DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACION

La presunción o prerrogativa de legalidad que ostenta todo acto administrativo hace vocación a sus elementos, valga decir, al sujeto, a la competencia, al objeto, a la forma del mismo, pero no a su realización u operatividad ejecutoria, dado que ésta no es una propiedad esencial suya ni una cualidad inseparable; es algo inductivo y contingente, porque sólo se logra a través de los medios que haya instituido la ley como coadyuvante de su eficacia, cuales son la notificación, la publicación y otros semejantes.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 23 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 4489.

SECCION SEGUNDA

Autoridades Departamentales.

Actora: Bleidy Castellanos Cano.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de cuatro (4) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual se declaró inhibido para fallar de fondo sobre las pretensiones. Aparece como demandado el departamento de Santander.

I. *DEL PETITUM*

Con base en el silencio administrativo negativo respecto a peticiones elevadas a las autoridades del ramo en Santander, y a título de restablecimiento del derecho, solicita, en síntesis que se le reconozca que fue empleada departamental por haber laborado en la Secretaría de Salud (Servicio de Salud Seccional Santander) y que, como tal, sus salarios y prestaciones deben ser los mismos y de igual cuantía a los que regían para la misma categoría en el departamento.

Igualmente que, el hecho de no habérsele cancelado oportunamente la totalidad del salario constituye "Retención salarial" y que al tenor de las normas laborales tiene derecho a solicitar "salarios caídos" e intereses moratorios. Por tanto, debe condenarse al departamento de Santander al pago *in genere* de las sumas debidas y de salarios caídos e indexación de la deuda, o intereses moratorios, desde la fecha de su insubsistencia hasta el momento en que se surta efectivamente el pago de indemnizaciones correspondientes.

II. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Arguye el *a quo* en su proveído, después de hacer un resumen de las peticiones, hechos, normas violadas y concepto de la violación que, "Analizadas las actuaciones que acaban de reseñarse frente a la caducidad de la acción que la parte impugnadora propone, la Sala considera que le asiste la razón.

"En efecto, -agrega- el acto aparece fechado el 10 de marzo de 1986 y como todo acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, ha de suponerse que fue notificado en debida forma, lo cual permite concluir que para el 9 de diciembre de 1987, fecha en que fue presentada la demanda, ya había perdido vigencia la acción prevista en el C.C.A. en su artículo 85, según lo preceptúa el mismo estatuto en su artículo 136, inciso segundo.

A lo anteriormente expuesto es necesario agregar -continúa el Tribunal-, que por haber existido un pronunciamiento expreso de la administración contenido en la Resolución 387 de 10 de marzo de 1986, lo indicado era demandar la declaratoria de nulidad de este acto. Pues, mal puede aceptarse que hubo silencio administrativo negativo, por no haber sido el señor Gobernador como superior jerárquico quien dirimió el recurso de apelación. Precisamente, esta manera de resolver tal recurso, podía alegarse como causal de nulidad ... Probada la causal de caducidad de la acción, habrá de proferirse fallo inhibitorio sin que sea menester examinar la excepción de inepta demanda que plantea la Fiscalía."

III. DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, al descorrer el traslado de rigor conceptúa que la sentencia debe confirmarse, pues, de acuerdo a la copia al carbón, sin autenticarse la resolución obrante a folio 6 del expediente, ésta fue notificada el 12 de marzo de 1986, por lo que el término había vencido el 12 de junio del mismo, y la demanda sólo se presentó el 9 de diciembre de 1987.

No encontrándose causas que puedan viciar la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Base del fallo inhibitorio que la parte actora apela consiste, pues, en que por estar el acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, "ha de suponerse notificado en debida forma"; y que por haber existido un pronunciamiento expreso de la administración, no puede hablarse de silencio administrativo, razón por la que se debió demandar la nulidad de la Resolución 00387 emanada de la Secretaría de Salud de Santander.

Sin embargo, cabe observar que, tomar como punto de partida para comenzar a contar el término de caducidad la fecha de expedición de la resolución por la cual decidióse en verdad el recurso de apelación interpuesto en la vía gubernativa, es algo que no puede suponerse argumentándose que, gozando el acto de la presunción de legalidad, ha de suponerse debidamente notificado. Porque la presunción o prerrogativa de legalidad que ostenta todo acto administrativo hace vocación a sus elementos, valga decir, al sujeto, a la competencia, al objeto, a la forma del mismo, pero no a su realización u operatividad ejecutoria, dado que ésta no es una propiedad esencial suya ni una cualidad inseparable; es algo inductivo y contingente, porque sólo se logra a través de los medios que

haya instituido la ley como coadyuvante de su eficacia, cuales son la notificación, la publicación y otros semejantes.

En el caso *sub lite* se presenta que no hubo, en verdad, un acto administrativo ficto o presunto; es más: no hubo silencio administrativo, pues la Administración sí emitió un acto expreso, cual fue la Resolución 387 de 10 de marzo de 1986, y si como se deduce de documentos traídos como prueba al expediente que ahora se estudia, ya antes, el 14 de abril de 1986 (ver fl. 42 vto.) la misma parte actora había presentado demanda de reparación directa contra dicho acto y por los mismos hechos que en la demanda que dio origen a este proceso se narran, es de colegir que para esa fecha ya esa parte actora conocía la existencia del acto. Y si se tiene como fecha de notificación el 14 de abril de 1986, se concluye que al incoar esta demanda el 9 de diciembre de 1987, había transcurrido un lapso muy superior a los cuatro meses, y operó el fenómeno de la caducidad.

Pero lo importante en el caso *sub judice* consiste en que la demanda resulta inepta y que por esto, aunque por otros motivos debe confirmarse la sentencia recurrida: la demanda resulta inepta, porque debiéndose demandar un acto expreso, se basó el libelo en uno ficto que nunca existió.

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 cuatro (4) de julio de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en este asunto.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ADPOSTAL - Naturaleza jurídica / DIRECTOR - Facultades / CONTROL JERARQUICO / MINISTRO - Facultades / INSUBSISTENCIA - Improcedencia

En el artículo 12 del Decreto 3130 de 1963 se lee que "en los estatutos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado se determinarán los actos que por su importancia o cuantía requieren para su validez voto favorable e indelegable del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo del ramo o la aprobación del Gobierno Nacional". De suerte, pues, que no son insólitas las normatividades que contienen los estatutos de **Adpostal** *en este campo, sino que, antes por el contrario, rubrican, por así decirlo, el carácter que tienen los establecimientos públicos que forman parte de la rama ejecutiva. Aunque no se trata de una desconcentración -mínimo desprendimiento del jerarca de sus funciones- el concepto de establecimiento público envuelve aquí más a un criterio de "contralor jerárquico que a uno de "contralor d tutela", porque aquél comporta un aseguramiento de la unidad de la acción administrativa del órgano, con decisiones imperativas para casos concretos, mientras que éste es una intervención* **a posteriori** *de la actuación del órgano o funcionario subordinado, ya a instancia de parte, ya de oficio. Cuando el Director General de* **Adpostal** *dictó el acto demandado en el caso* **sub judice,** *con base en un voto que la ministra no podía delegar, y que no dio, puesto que no asistió a la sesión de la junta, y que tampoco podía otorgar* **ad referéndum,** *pues su control es jerárquico y no de tutela, sin duda alguna que hizo uso de una facultad que no tenía* **per se.** *El acto que declaró la insubsistencia del actor está afectado del vicio de incompetencia, puesto que si bien es cierto que en principio, los jefes de los establecimientos públicos tienen la facultad de proferir actos de esa clase y máxime si se refieren a empleos de libre nombramiento y remoción, esa facultad se encuen-*

tra recortada, dado que queda supeditada a lo que autorice la junta con el voto favorable del ministro, lo que aquí no se dio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo.Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C, febrero 23 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente número 4562.

Autoridades nacionales.

Actor: Walter Hember Alvarez Bustos.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Administración Postal Nacional contra la sentencia de 17 de febrero de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera (hoy Segunda) dentro del juicio de restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A., actualmente "de nulidad y restablecimiento del derecho"), originado en la demanda incoada por Walter Hember Alvarez Bustos contra el ente mencionado, fallo que accedió a las pretensiones del actor.

I. ANTECEDENTES

1. Según lo plantea el libelista, el actor fue designado para desempeñar las funciones del Director del Departamento de Sistemas y Procedimientos (grado 16) de la Administración Postal Nacional por medio de la Resolución 2368 de 18 de octubre de 1982, habiendo tomado posesión del empleo el 25 de los mismos mes y año, siendo más tarde trasladado al Departamento de Movilización Postal el 2 de febrero de 1983, igualmente como director de esa dependencia.

2. El propio Alvarez Bustos dirigió al director de la "Adpostal" un oficio en el cual le informaba cómo era sujeto de una persecución política por el Subdirector de Operaciones, porque el jefe político-partidista de éste le pedía "la destitución" del hoy actor; esa comunicación de Alvarez Bustos al director del ente lleva fecha de 18 de diciembre de 1985. Así mismo, aunque con posterioridad al hecho de la insubsistencia de su nombramiento (20 de enero de 1986), el hoy demandante dio cuenta al señor Procurador General, de la persecución política de que había sido víctima y como ella había determinado la declaratoria de insubsistencia acordada por la junta directiva del instituto, celebrada el 27 de diciembre de ese año (acta 459), pues en ella se solicitó tal medida y se estructuró en Resolución 010 suscrita por el director general y el secretario general el 8 de enero del siguiente año, comunicándosele el día 10.

3. Anota la demanda que a la sesión de la junta directiva del 27 de diciembre de 1985, no asistió la señora Ministra de Comunicaciones, y que, sin embargo, se aprobó la declaratoria de insubsistencia pese a que los estatutos de la entidad (Dec. 195 de 1976 -3 de febrero-, art. 21) establecen taxativamente las funciones de la dicha junta, entre las cuales, al tenor del ordinal 12, está la de "autorizar al director general para nombrar y remover al secretario general, los subdirectores, directores regionales y los jefes de departamento del instituto", lo que, al tenor del parágrafo, "requiere para su validez, el voto favorable del Ministerio de Comunicaciones".

4. Apunta también que la función del Ministro de Comunicaciones en este sentido es indelegable, y que como se puede comprobar fácilmente, a la reunión de la junta del 27 de diciembre de 1985, la titular de ese ministerio no asistió, ya que fue presidida por la secretaria general de ese despacho.

5. Remata sus planteamientos afirmando que el acto administrativo acusado es violatorio de la Constitución y de la ley, puesto que si bien desde el punto de vista formal encierra una "insubsistencia", materialmente visto es en verdad una "verdadera destitución, dado el motivo que inspiró a la misma, como quedó expresado y según la cual la causa determinante la constituyen asuntos de filiación política, la que no amerita una destitución", por lo que el "acto administrativo demandado contiene una clara desviación de poder, porque a mi mandante no se le sancionó en ningún momento, como tampoco existió motivo alguno de llamado de atención a su hoja de vida y porque la destitución se disfrazó con una declaratoria de insubsistencia sin motivación alguna".

6. Citó como normas violadas los artículos 2º, 16, 17, 20, 23, 26, 28, 30, 62, 120 y 135 de la Constitución que dejó de regir el 6 de julio de 1991; el artículo 17 del Acto legislativo 1 de 1936, los artículos 1 (ords. b y c), 3 y 5 de la Ley 202 de 1936, los artículos 1 y 2 del Decreto 500 de 1937, los artículos 21 y 64 del Decreto 550 de 1960, los artículos 3 y 4 (ord. j) del Decreto 1716 de 1960, los artículos 25 (lits. a, b y f), 27, 28, 33 y 77 del Decreto-ley 694 de 1975 y los artículos 1º, 109, 110 y 127 (lits. a, b y f) del Decreto Reglamentario 1468 de 1979, fijando seguidamente su criterio, en forma amplia, acerca del concepto de violación de dichas normas por parte del acto acusado, el que se centra en lo que atañe a la persecución política de que fue víctima -desviación de poder- y a la ilegalidad por cuanto no se contó con el voto favorable de la Ministra de

Comunicaciones para la remoción, siendo esta función por parte de esa servidora pública, indelegable.

II. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Como se ha advertido arriba, la sentencia que apela la Administración Postal Nacional ha declarado la nulidad del acto acusado -Resolución 010 de 8 de enero de 1986- y, a título de restablecimiento del derecho, ordena el reintegro del actor al empleo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, así como el pago de todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos que dejó de devengar desde cuando fue separado del servicio por el acto acusado, hasta que sea reintegrado, sin solución de continuidad, y que se le dé cumplimiento de lo así dispuesto dentro del término fijado por el artículo 177 del C.C.A.

El fallo, aunque desdeña el abuso de poder estructurado en la supuesta "desviación de poder" por no emerger dicho vicio de las probanzas que pretenden demostrarla, acoge sin reservas la contravención de disposiciones de superior jerarquía, en el sentido de que, al no contarse con la anuencia de la Ministra de Comunicaciones, o mejor, ya que no estaba presente en la sesión de la junta directiva que autorizó al director general la declaratoria de insubsistencia, hubo irregularidad legal, pues no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo del artículo 15 del Decreto 195 de 1976 -3 de febrero- aprobatorio de los estatutos de Adpostal.

Acoge, en esta forma, el concepto de la agencia del Ministerio Público ante esa corporación.

III. DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO

Formula críticas a la tesis del tribunal *a quo* en torno a la pretendida "delegación que de su voto hiciera la señora Ministra de Comunicaciones para relevar de sus funciones al actor sin tener facultades para ello -dado que no hubo tal delegación-, puesto que en realidad no existió, sino que esa autorización al director general se dio *ad referendum* de la alta funcionaria representante del Gobierno Nacional ante la Junta, como se deriva del acta correspondiente, en la cual se lee: "La Junta Directiva, *ad referendum* de la señora Ministra y de acuerdo con sus facultades estatutarias autoriza al *Director General* del instituto, para declarar insubsistente el nombramiento del doctor *Hember Alvarez Bustos* del cargo de Director de Departamento, Grado 16, en el Departamento de Movilización Postal dependiente de la Subdirección de Operaciones...".

Discurre entonces acerca del significado del término o vocablo *ad referendum* de la señora ministra, lo que quiere decir que la autorización al director general se condicionó a la aprobación del superior, o sea, de la ministra, lo que efectivamente se llevó a cabo, lo que implica que nunca se tomó esa medida -discrecional, desde luego- como si la vocera de ella, la secretaria general que presidió la junta, votase en lugar de la ministra, sino que el *acta* fue refrendada después por la ministra, lo que envuelve una aprobación a lo realizado durante la sesión y, por tanto, lo concerniente a la declaratoria de insubsistencia del doctor Alvarez Bustos. Es más, lo que quiso el Decreto 195 de 1976, artículo 21, numeral 12, parágrafo, fue sencillamente que la ministra ejerciese -a través de voto favorable-, una especie de *control de tutela* sobre esas medidas, el que, en opinión de la recurrente, "es obstensiblemente" (sic) inconstitucional (art. 62, inc. 2 de la C. N.), y, no obstante ello, "se ejerció a cabalidad por la señora Ministra en el caso que se discute ... La señora ministra votó en cuanto ratificó con la firma de su puño y letra la decisión de la Junta Directiva sometió a su consulta y aprobación (léase *ad referendum*) ...". De allí concluye que el fallo objeto de apelación haya de revocarse y que en su lugar hayan de ser denegadas las pretensiones del actor.

IV. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

No hubo por parte del actor.

En cuanto al de la parte demandada y recurrente, sustancialmente se reiteran los puntos de vista expresados en la argumentación básica del recurso.

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Sienta su agencia ante la Corporación que la sentencia apelada debe ser revocada y, en su lugar denegarse las peticiones de la parte actora. En lo atinente a la pretendida "delegación del voto" de la señora ministra o de la decisión *ad referendum* de desvincular al actor, dice:

> "Respecto al otro argumento de la impugnación referente a la inobservancia de lo establecido en el Decreto 195 de 1976, artículo 21, numeral 12, parágrafo único, que establece:
>
> "Son funciones de la Junta Directiva:
>
> ... 12. Autorizar al Director General para nombrar y remover el Secretario General, los Subdirectores, los Directores Regionales y los Jefes de Departamento del Instituto.

...

Parágrafo. Las funciones a que se refieren los ordinales 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 12 de este artículo requieren para su validez el voto favorable e indelegable del Ministro de Comunicaciones."

Se tiene que la decisión de nombramiento y remoción de un Jefe de Departamento debe hacerse conforme a lo dispuesto en la norma transcrita, lo que constituye básicamente el quid del asunto. El libelista aduce que el voto favorable e indelegable del Ministro de Comunicaciones para la remoción de un Jefe de Departamento no se profirió en el caso de autos, por cuanto la reunión de 27 de diciembre de 1985 que consta en el acta número 459 (fl. 13 cdno. ppl.), fue presidida por la Secretaría General del Ministerio de Comunicaciones, en delegación de la señora ministra, siendo ésta indelegable.

El artículo 9º del acta citada a la letra dice:

"... a) *Novedades de personal*

La Junta Directiva, *ad referendum* de la señora ministra, y de acuerdo con sus facultades estatutarias, autoriza al Director General del Instituto para declarar insubsistente el nombramiento del doctor Walter Hember Alvarez Bustos, del cargo de Director de Departamento de Movilización Postal dependiente de la Subdirección de Operaciones ... ."

Debe analizarse en primer término, cuál es la función indelegable del señor Ministro de Comunicaciones, si la de asistir a la reunión de la Junta Directiva de la Administración Postal Nacional, o la de emitir el voto favorable para la remoción de un Jefe de Departamento. La norma claramente se refiere a la indelegabilidad únicamente del voto favorable para que el Director General nombre o remueva a determinados funcionarios, lo que significa que el hecho de que la reunión del 27 de diciembre de 1985 -Acta 459- no la hubiera presidido la señora ministra del ramo de la época, no constituye ninguna causal de anulación por este aspecto.

Ahora bien, si la indelegabilidad se refiere al voto favorable del Ministro de Comunicaciones para la remoción de un funcionario para que el acto sea válido, se tiene que el artículo 9º del Acta en mención alude a la autorización que la Junta Directiva da al Gerente de la Entidad para declarar la insubsistencia del nombramiento del deman-

dante, a condición de ser aprobado por la señora ministro (*ad referendum*), quien tiene la facultad de rechazarlo o aceptarlo. En el *sub lite* el hecho de que la aludida señora ministra no hubiera asistido a dicha reunión, no significa que haya delegado su voto, en lo relacionado con la remoción del actor, por cuanto la misma acta señala la autorización de remoción estaba sujeta a la posterior aprobación de la autoridad mencionada, evento que se debió producir, pues no se probó lo contrario, por la parte demandante.

En estas condiciones, como no existió la delegación sostenida por el señor apoderado de la parte actora, y no habiéndose acreditado que la Ministra no hubiera aprobado el acto atacado, se tiene que éste sigue amparado por la presunción de legalidad que lo cobija, razón por la cual esta Agencia Fiscal estima que debe revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda."

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La entidad demandada y ahora recurrente es un establecimiento público que tuvo su origen remoto en el llamado "Servicio de Giros Postales" que creó la Ley 68 de 1916 como una dependencia jerarquizada del Ministerio de Gobierno y luego, cuando la Ley 31 de 1923 organizó el entonces denominado Ministerio de Correos y Telégrafos, pasó a serlo de éste, situación que continuó inclusive hasta cuando dicho ministerio adquirió su nuevo nombre de Ministerio de Comunicaciones, en virtud del Decreto legislativo 259 de 1953. Sólo adquirió su actual *status* como Administración Postal Nacional en virtud del Decreto-ley 3267 de 1963 -diciembre 20- (arts. 12 a 29), mas quedando fuertemente adscrito al Ministerio y más concretamente al ministro del ramo, puesto que al ente público en cuestión se le dio el objetivo de desarrollar la política que adopte el mencionado ministerio en materia de correos y, de acuerdo con él, prestar y explotar los servicios postales en el ámbito nacional e internacional. De modo que, no obstante ser un *establecimiento público*, pese a que obedece a las normas comunes que distinguen a esta clase de entes del Estado porque supone una personalidad jurídica de un servicio que ese Estado, en cierto sentido, monopolizó para sí -aunque permite concesiones a particulares en su prestación-, y porque tiene patrimonio propio e independiente y porque está dotado de sus organismos de dirección, su *jerarquización* con el Ministerio del ramo continúa siendo tan fuerte, que ciertas decisiones dependen del voto favorable que el ministro en persona les confiera, en el seno de la Junta Directiva, de la cual

es su presidente nato. Tan grande es el poder de decisión del ministro, que su voto es *indelegable*, tal como se colige de su reglamento interno, aprobado por la Resolución JD-001 de 1976, que acogió sin reservas el Decreto 195 de ese mismo año -3 de febrero-, dictado por el Presidente de la República en desarrollo del Decreto-ley 129 de 1976 que fijó su estructura.

2. Tan vinculantemente jerarquizado se halla *Adpostal* respecto del Ministro de Comunicaciones que el citado reglamento contenido en el Decreto 195 de 1976 precisa lo siguiente:

a) En el artículo 21, entre otras funciones, radica en la junta directiva la facultad de "autorizar al Director General para nombrar y remover al secretario general, los subdirectores regionales y los jefes de departamento del Instituto", y

b) El parágrafo del mencionado artículo 21, agrega: "las funciones a que se refieren los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, y 5º del presente artículo requieren para su validez la aprobación del Gobierno Nacional. *Las funciones* a que se refieren los ordinales 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 12 de este artículo *requieren para su validez el voto favorable e indelegable del Ministro de Comunicaciones.*" (Lo destacado no es del texto).

Por otra parte, el ordinal 120 del artículo 26 de esos estatutos, al señalar cuáles funciones tiene el *Director General* en cuanto atañe a "nombrar, dar posesión y *remover* a los empleados de la Administración Postal Nacional", añade que las ejercerá "con la limitación fijada en el numeral 12 del artículo 21 de los presentes estatutos". En otras palabras, para poder nombrar, dar posesión o remover al secretario general, a los subdirectores, a los directores regionales o a los jefes de departamento del instituto, necesita el *voto favorable e indelegable del Ministro*".

3. Ha de recordarse que los *establecimientos públicos* responden a un sistema de administración por *descentralización por servicio* que, bien bajo la égida de la Constitución Política anterior, bien bajo la que comenzó su vigencia el 7 de julio de 1991, no ostentan una igualdad en cuanto al grado de autonomía o autarquía se refiere. Tan es así que en el artículo 12 del Decreto 3130 de 1968, común a todos ellos, se lee que "en los estatutos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado *se deteminarán los actos que por su importancia* o cuantía *requieren para su validez el voto favorable e indelegable* del Ministro o jefe del Departamento Administrativo del

ramo o la aprobación del Gobierno Nacional." (Se vuelve a destacar). De suerte, pues, que no son insólitas las normatividades que contienen los estatutos de *Adpostal* en este campo, sino que, antes por el contrario, rubrican, por así decirlo, el carácter que tienen los establecimientos públicos que forman parte de la rama ejecutiva como lo ha precisado el cuarto inciso del artículo 115 de la nueva Carta Fundamental de Colombia. aunque no se trata de una desconcentración -mínimo desprendimiento del jerarca de sus funciones-, el concepto de establecimiento público envuelve aquí más a un criterio de "contralor jerárquico' que a uno de "contralor de tutela", porque aquél comporta un aseguramiento de la unidad de la acción administrativa del órgano, con decisiones imperativas para casos concretos, mientras que éste es una intervención *a posteriori* de la actuación del órgano o funcionario subordinado, ya a instancia de parte, ya de oficio.

4. En el caso de autos se observa cómo (fls. 13 a 17), a la sesión de 27 de diciembre de 1985 de la Junta Directiva de *Adpostal* no concurrió la entonces Ministra de Comunicaciones, presidiéndola *por delegación* de ella, la Secretaria General del Ministerio. En el apartado 9º a) de esta acta (No. 459), referente a "novedades de personal", se lee: "La Junta Directiva, *ad referendum* de la señora Ministra, y de acuerdo con sus facultades estatutarias, autoriza al Director General del Instituto para declarar insubsistente el nombramiento del doctor Walter Hember Alvarez Bustos, del cargo de Director de Departamento, Grado 16 en el Departamento de Movilización Postal dependiente de la Subdirección de Operaciones... ."

5. Significa lo anterior que cuando el director general de Adpostal dictó el acto demandado en el caso *sub judice*, con base en un voto que la ministra *no podía delegar* (indelegable dice la norma), *y que no dio,* puesto que no asistió a la sesión de la Junta, y que tampoco podía otorgar *ad referendum,* como allí se expresó, pues *su control es jerárquico y no de tutela*, como ya se ha señalado, sin duda alguna que hizo uso de una facultad que no tenía *per se*.

6. No hay duda, entonces, de que el acto que declaró la insubsistencia del acto está afectado del vicio de la incompetencia, puesto que si bien es cierto que en principio, los jefes de los establecimientos públicos tienen la facultad de proferir actos de esa clase y máxime si se refiere a empleos de libre nombramiento y remoción, esa facultad se encuentra recortada, dado que queda supeditada a lo que le autorice la Junta con el voto favorable del ministro, lo que aquí no se dio.

7. De allí que la Sala debe confirmar, aunque por motivos distintos, la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este asunto, si bien ha de modificarla en el sentido de ordenar que, de los sueldos y demás emolumentos que la entidad demandada deba reconocer y pagar al actor, se descuenten las sumas que por igual causa haya recibido de otras entidades u organismos del Estado, de conformidad con el artículo 64 de la Constitución antigua (art. 128 de la Carta Fundamental de 1991).

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

FALLA:

1. Confírmase la sentencia de 17 de febrero de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso adelantado por el señor Walter Hember Alvarez Bustos contra la Administración Postal Nacional.

2. Adiciónase el numeral 2 de la parte resolutiva de la mencionada providencia en el sentido de que de los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos que hayan de pagársele al señor Walter Hember Alvarez Bustos a título de restablecimiento del derecho, habrán de descontársele las sumas que, por igual concepto, haya recibido en el mismo lapso del Tesoro Público.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente a la sección segunda del Tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora (salva voto); *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA - Improcedencia (Salvamento de voto)

No obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me aparto de lo dispuesto en la parte resolutiva cuando al condenarse ordena el descuento de las sumas que pueda haber percibido el demandante de otra entidad oficial. 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. De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso-administrativa esta clase de pronunciamientos: en esta materia no es procedente la aplicación analógica. 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 la ley.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

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 la parte resolutiva en cuanto al condenar se ordena el descuento de 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 pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer 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. Entiéndese 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 condición 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 está 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 puede 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 si 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 de esa relación de servicio..." (providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del honorable Magistrado, doctor 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 número 40878; ponente honorable Magistrado doctor Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera, en el expediente número 29629; ponente: honorable Magistrada, doctora Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el expediente número 35949; ponente: Honorable Magistrada, doctora Emilia Mesa S.; octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente 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.

SECCION SEGUNDA

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 la parte resolutiva de la sentencia.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PENSION DE JUBILACION - Imprescriptibilidad / ACTO ADMINISTRATIVO / CADUCIDAD

Si la persona que se cree lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, pide la anulación del acto que le apareja agravio, debe hacerlo dentro del término perentorio de cuatro meses, so pena de afrontar las consecuencias de la caducidad. Tratándose de la pensión de jubilación, que por ser un derecho vitalicio no prescribe, la reclamación a la entidad de previsión puede hacerse en cualquier tiempo; negada la prestación, hay posibilidad de recurso a la justicia contra la decisión adversa, dentro del término de caducidad, justamente porque se enjuicia el acto administrativo en ejercicio de una acción de efímera viabilidad. Fuera del término de caducidad no es posible el enjuiciamiento. Se trata de un fenómeno de procedimiento que opera por mandato de la ley, investido de los caracteres propios del orden público. No es que la norma instrumental desnaturalice el derecho sustancial al que sirve de soporte es que para la efectividad de éste hay un procedimiento forzoso. Son cosas diferentes el derecho subjetivo y el mecanismo procesal para su efectiva protección: vitalicio es el uno, temporal es el otro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 23 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 4568.

Resoluciones Municipales.

Actor: Juan José Henao Velásquez.

Corresponde a la Sala conocer de la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de 23 de junio de 1989, que dictara el Tribunal

Administrativo de Antioquia por la que se declaró inhibido para proferir fallo de fondo por caducidad de la acción.

I. *DEL PETITUM*

Solicitó la parte actora que en fallo definitivo se hagan las siguientes declaraciones:

1ª Que se decrete la nulidad de la Resolución 270 de 30 de julio de 1986, emanada de la Alcaldía del municipio de Bello, mediante la cual se negó en forma definitiva la pensión de jubilación del señor Juan José Henao Velásquez.

2ª Que se declare que la Nación (Policía Nacional), el departamento de Antioquia y el municipio de Bello están obligados a pagarle al demandante la pensión de jubilación vitalicia en proporción al tiempo de servicio correspondiente a cada una de las entidades demandadas.

3ª Que el municipio de Bello debe pagar la totalidad de la pensión por ser el último empleador.

4ª Que se condene a las entidades demandadas a pagarle el valor de los conceptos extra o ultra petita que aparezcan demostrados en el proceso.

5ª Que las mesadas atrasadas deben ajustarse por el tiempo de duración del proceso, con el reajuste anual de precios y se le pague la indemnización moratoria.

II. PRESUPUESTOS FACTICOS Y LEGALES

Como hechos de la demanda, normas violadas y el concepto de la violación, el demandante, en síntesis, expone los siguientes:

a) Que trabajó en la Policía Nacional 10 años, 6 meses, 23 días, incluyendo tiempo doble reconocido por la entidad; en el departamento de Antioquia 170 días y en el municipio de Bello 3.352 días para un total de 7.352 días al servicio de las tres entidades;

b) Que el municipio de Bello, como última entidad empleadora, expidió el proyecto de resolución por la cual se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, con base en certificaciones expedidas por las otras entidades;

c) Que la Policía Nacional objetó, en la cuota que le correspondía, el proyecto elaborado por el municipio de Bello, por lo que éste, negó en forma definitiva el reconocimiento de dicha prestación.

Como normas violadas considera los artículos 29, 36 y 47 de la Ley 6ª de 1945; 21 de la Ley 72 de 1947; 1º del Decreto 2767 de 1945: 45, 60 y 99 del Decreto 2340 de 1971.

Como concepto de la violación expone:

"De la confrontación y análisis de las normas y revisados los documentos, contenidos de las pruebas referentes al tiempo de servicio, edad, vinculación, se desprende sin lugar a dudas, que el derecho a gozar de pensión de jubilación me corresponde indiscutiblemente.

...

Las normas alegadas por la Policía Nacional para objetar y negar la cuota parte que le corresponde a mi pensión de jubilación, son violatorias de las normas descritas y que en su conjunto fundamental el derecho a la pensión de jubilación que me corresponde por haber cumplido 50 años de edad y 20 de servicios al Estado colombiano... ."

III. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal de primera instancia se declaró inhibido para fallar de fondo del asunto al considerar que "se operó el fenómeno de la caducidad con respecto a la Resolución 270. En efecto consta a folio 20 que su notificación al señor Juan José Henao se efectuó el 29 de agosto de 1986. La demanda fue instaurada el 4 de febrero de 1987, es decir, 5 meses y algunos días después. El artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -vigente a la sazón- preceptúa que la pretensión de restablecimiento del derecho -la que se ejercita- "caducará al cabo de cuatro (4) meses". Debe concluirse, por tanto, que la demanda fue propuesta extemporáneamente.

"2. En el auto de 18 de septiembre de 1987 expresó el magistrado sustanciador del proceso que el citado fenómeno preclusivo no se había considerado, por tratarse del reclamo de prestaciones periódicas. Es el momento oportuno para precisar que, ciertamente, en este caso no opera tal fenómeno: Es imposible impetrar la prestación en cualquier tiempo. Pero el referido artículo 136 del C.C.A. es general, no distingue, al establecer el término de 4 meses, entre las distintas pretensiones que se formulan ante los jueces administrativos, de modo que el interesado debía presentar su demanda dentro de dicho plazo. Lo de *reclamación en cualquier tiempo* ha de entenderse en el sentido de que el señor Henao Velásquez puede solicitar a las autoridades de Bello o de otra entidad de

derecho público, cuando a bien lo tenga, el reconocimiento de su jubilación, pero deberá tener de demandar 4 meses después de que quede en firme (sic) la resolución administrativa correspondiente. En síntesis; la presentación del reclamo administrativo no está sujeta a plazos, la demanda sí."

No encontrándose causas que vicien de nulidad la actuación.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Se tiene de autos que el acto acusado le fue notificado al actor el 29 de agosto de 1986 y que la demanda se instauró ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el 6 de febrero de 1987, es decir, cuando habían transcurrido más de 4 meses de su notificación, por lo cual, el Tribunal declaró la caducidad de la acción, inhibiéndose para proferir sentencia de fondo.

Arguye el demandante, al sustentar el recurso de apelación, que el inciso 3 del artículo 136 del C.C.A. establece una excepción a la regla general de la caducidad de la acción. Estima que al tenor del mencionado inciso, cuando se trata de prestaciones periódicas la acción no caduca pudiéndose recurrir a esta jurisdicción en cualquier tiempo.

Sobre este aspecto basta citar la sentencia proferida en asunto similar por esta Sala:

> "No acogió el Tribunal tal formulación. Remitiéndose a jurisprudencia de esta Corporación y al criterio que expone, sobre la materia, el doctor Carlos Betancur Jaramillo en su obra señala que 'al respecto, debe tenerse presente que a los 3 años cursan única y exclusivamente ante la administración, de donde se infiere que, agotada la vía gubernativa, debe ocurrirse ante esta jurisdicción dentro del término de cuatro (4) meses."

Es evidente que al Tribunal le asiste razón: la norma del artículo 136 del C.C.A., vigente para la época, era perentoria al disponer que la acción de restablecimiento del derecho (hoy "de nulidad y restablecimiento del derecho") "caducará al cabo de cuatro meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso".

Como se hace notar en la providencia apelada, no trae la tal disposición (actualmente modificada por el art. 23 del Decreto-ley 2304 de 1989) aquella salvedad del artículo 83 de la Ley 167 de 1941 (salvo disposición

en contrario) respecto a la mal llamada "prescripción" de la acción "encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares": la regla sobre caducidad de la acción no admite actualmente excepciones.

En tal virtud si la persona que se cree lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, pide la anulación del acto que le apareja agravio, debe hacerlo dentro del término perentorio de cuatro meses, so pena de afrontar las consecuencias de la caducidad.

Otra cosa es que, tratándose de la pensión de jubilación, que por ser un derecho vitalicio no prescribe, la reclamación a la entidad de previsión puede hacerse en cualquier tiempo: negada la prestación, hay posibilidad de recurso a la justicia contra la decisión adversa, dentro del término de caducidad, justamente porque se enjuicia el acto administrativo en ejercicio de una acción de efímera viabilidad. Fuera del término de caducidad, no es posible el enjuiciamiento. Se trata de un fenómeno de procedimiento que opera por mandato de la ley, investido de los caracteres propios del orden público.

No es que la norma instrumental desnaturalice el derecho sustancial al que sirve de soporte; es que para la efectividad de éste, hay un procedimiento forzoso son cosas diferentes el derecho subjetivo y el mecanismo procesal para su efectiva protección: vitalicio es el uno, temporal el otro.

Queda, pues, a la accionante la facultad de volver a reclamar la pensión y su sustitución para que, si nuevamente corre suerte adversa, ocurra a la justicia dentro del término de caducidad (auto 289 de septiembre 14 de 1988; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Consejero Ponente: doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker; expediente 3302; Actora: Alicia Vizcaíno vda. de González).

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 23 de junio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en este asunto.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

SECCION SEGUNDA

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SERVICIOS MEDICOS EXTERNOS / CUENTA DE COBRO / PAGO

La falta de registro del aviso a quien tenía la obligación de llevarlo y la ausencia de evaluación que debió efectuarse llevan a la Sala a dar por comprobados tanto el aviso oportuno como la imposibilidad de la Caja de atender la emergencia en sus dependencias. En este caso se cumplieron las formalidades previstas para que se autorizara el reconocimiento y pago de los servicios médicos ordenados por profesionales ajenos a la Caja Nacional de Previsión.

SENTENCIA DE CONDENA / AJUSTE DE VALOR / CORRECCION MONETARIA - Improcedencia

Por tratarse en este caso especial, de una suma adeudada que no ha tenido el beneficio de reajuste automático o regular como ocurre con otras deudas laborales, sería inequitativo que diez años más tarde el accionante recibiera un dinero que apenas representa una mínima parte de lo que tuvo que pagar de su propio peculio, por no haber asumido la Caja su obligación legal. Pero como el artículo 178 del C.C.A. prescribe que cualquier ajuste de sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor, no se ordenará el pago de la "corrección monetaria", sino el ajuste al valor en los términos del citado artículo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., febrero 25 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número 1396.

Autoridades nacionales.

SECCION SEGUNDA

Reconstrucción.

Actor: Joaquín Armando Rodríguez Beltrán.

Joaquín Armando Rodríguez Beltrán, mediante apoderado y 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 que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera*. Que se declare la *nulidad* de las Resoluciones 03510 del 15 de diciembre de 1982 y 00529 del 23 de febrero de 1983 emanadas de la Caja de Previsión Social, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de la cuenta de cobro número 1698 del 28 de octubre de 1982 y se negaron las pretensiones del Recurso de Reposición interpuesto contra la primera, respectivamente.

"*Segunda*. Como consecuencia de lo anterior, la Caja Nacional de Previsión Social deberá disponer el *pago y reconocimiento de la cuenta de cobro* número 1698 del 28 de octubre de 1982 a favor del doctor Joaquín Armando Rodríguez Beltrán. Y por tanto, el *restablecimiento.*

"*Tercera*. Que se ordene el *pago* de la corrección monetaria correspondiente, de acuerdo a la certificación del Banco de la República, desde la fecha en que éste ha debido efectuarse y aquella en que en realidad se cumpla". (fls. 7-8).

Los hechos pertinentes de la demanda, pueden resumirse, así:

1. El doctor José Joaquín Rodríguez González, padre del accionante era pensionado de la Caja Nacional de Previsión Social y por "extrema urgencia" fue hospitalizado en la Clínica de Marly de Bogotá el 11 de agosto de 1982 en donde recibió los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios correspondientes.

2. El hecho anterior se comunicó a la Caja Nacional de Previsión Nacional a través del doctor Diego Castañeda Neira, Jefe de Consulta Externa y para el efecto se envió un médico visitador domiciliario para la ejecución de los trámites del caso.

3. El doctor José Joaquín Rodríguez González, no obstante los cuidados y tratamientos requeridos, falleció el 1º de octubre de 1982, después de haber permanecido hospitalizado por espacio de 51 días.

4. El accionante en su condición de hijo del pensionado presentó ante la entidad demanda, la cuenta de cobro correspondiente, cuyo reconocimiento y pago fue negado por Resolución 03510 de 15 de diciembre de 1982, acto demandado.

5. Al desatar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior, la Resolución 00529 de 23 de febrero de 1983 confirmó la negativa de pago, acto notificado personalmente al interesado el 14 de marzo de 1983 (fls. 2-4).

Se invocaron como disposiciones violadas, los artículos 16, 17 y 30 de la Constitución de 1886; Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1042 de 1978; Resoluciones, de la Caja Nacional de Previsión Social, 01317 de 1971 y 0700 de 1976.

En el concepto de violación el accionante hace referencia a la circunstancia de que según el artículo 1º de la Resolución 01317 de 1971 procede el "reconocimiento y pago de las cuentas por concepto de servicios médicos prestados a sus afiliados y pensionados por facultativos o centros asistenciales particulares cuando el afiliado o pensionado *haya sufrido una emergencia médica debidamente comprobada* (destaca) que le impida recurrir a los servicios de la Caja, entendiendo por emergencia médica todo accidente o enfermedad que demande en forma inmediata la atención médica del afiliado o pensionado." (fl. 6).

El proceso fue reconstruido a solicitud de la parte demandante, en los términos del Decreto 3825 de 1985 (fls. 79-80) y se practicaron las pruebas decretadas.

La Fiscalía Quinta de la Corporación pide se denieguen las súplicas de la demanda por considerar que los interesados no cumplieron con lo previsto en el artículo 24 de la Resolución 0700 de 1976 de la Caja Nacional de Previsión Social de dar aviso dentro de las 72 horas siguientes a la División de Servicios Médicos de la entidad sobre la hospitalización del afiliado, pues sólo en forma extemporánea, el 27 de agosto de 1982, se comunicó el hecho al Consejo Técnico Consultivo del organismo; tampoco se probó que se hubiera comunicado el hecho al Jefe de Consulta Externa como era lo indicado. Hace otra serie de apreciaciones para deducir que los actos demandados continúan amparados por la presunción de legalidad que los cobija (fls. 161-163).

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

SECCION SEGUNDA

CONSIDERACIONES:

Se trata en el *sub examine* de determinar si el accionante Joaquín Armando Rodríguez Beltrán, tenía derecho al reconocimiento y pago de la cuenta de cobro presentada a la Caja Nacional de Previsión Social, derivada de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios prestados a su padre y afiliado a la Caja, José Joaquín Rodríguez González, por la Clínica de Marly de Bogotá.

En primer lugar, precisa la Sala, que tanto la Resolución 01317 de 1971 como la 0700 de 1976 de la Caja Nacional de Previsión, regulan el caso controvertido; por ello la controversia se resolverá a la luz de tales regulaciones de la entidad demandada.

El artículo 24 de la Resolución 0700 de 1976, establece como regla general que no se autorizará el pago de servicios ordenados por profesionales ajenos a la Caja Nacional de Previsión, pero exceptúa entre otros casos, los de "urgencia debidamente comprobados y justificados". Y dispone que al registrarse la urgencia, se debe dar aviso a la División de Servicios Médicos dentro de las primeras 72 horas.

Entónces, se debe dilucidar si en el *sub lite* se presentó la urgencia de que trata la norma y si se cumplió el requisito del aviso oportuno.

Respecto a lo primero, evidencia la Sala que en el dictamen rendido por el perito designado para establecer la gravedad y urgencia del caso, se concluye:

> 1. El estado de salud del paciente señor José Joaquín Rodríguez González para la época del 10 y 11 de agosto de 1982 si era *grave* debido a su edad y enfermedad que determinó un cuadro de posible comprensión medular agudo.
>
> 2. A pesar de que no aparece la historia clínica de Marly demostrada la evidencia de la urgencia de la atención inmediata al señor José Joaquín Rodríguez González el día 11 de agosto de 1982, la indicación quirúrgica ante un cuadro de comprensión medular agudo sí constituye un estado de *urgencia inmediata*, circunstancia ésta que obligó al neurocirujano a intervenir quirúrgicamente al paciente en dicha fecha" (fl. 142).

Esta prueba que no fue objetada por las partes, indica a la Sala que el pensionado sí padecía una *urgencia* médica que debió ser reconocida por la Caja.

El dictamen pericial además se complementa y afianza con los testimonios del médico internista, doctor Manuel José Ruiz Torres que trató al paciente y para quien el caso era "de gran emergencia médico quirúrgica" (fl. 46) y del médico neurocirujano, doctor Juan de Dios Trujillo Mejía quien intervino al paciente y declaró:

> "Efectivamente era un caso grave, ya que cuando hay una comprensión medular, hay el riesgo de que progrese y se pierda la función neurológica desde el sitio de la comprensión hacia abajo por lo cual debe intervenirse a la mayor brevedad para evitar una parálisis definitiva" (fl. 48).

Lo anterior permite a la Sala inferir que se probó el primer extremo exigido por el reglamento; la urgencia de intervenir quirúrgicamente al paciente, como efectivamente ocurrió el 11 de agosto de 1982.

Con respecto al otro requisito exigido en las normas internas de la Caja, o sea, el aviso que debe darse a la División de Servicios Médicos "dentro de las primeras 72 horas" de registrarse la *urgencia*, la Sala observa:

Tanto en el memorial del recurso gubernativo como en la demanda, el accionante afirma haber comunicado oportunamente la emergencia médica que sufrió el pensionado a la Caja Nacional de Previsión Social, en forma verbal a través del jefe de Consulta Externa, doctor Diego Castañeda Neira, y que por ello días más tarde se presentó a la Clínica Marly el médico visitador domiciliario, de apellido Bernal, quien debía ejecutar los trámites que en estos casos tiene previstos la Caja (fl. 3).

El doctor Castañeda Neira en oficio que parcialmente transcribe la Resolución 00529 de 1983 dice:

> "Atentamente le informo que en el mes de agosto de 1982, el doctor Joaquín Rodríguez, profesional de la medicina, me manifestó que su padre había sufrido una grave enfermedad y estaba hospitalizado en la Clínica Marly. -No estoy en capacidad de aseverar acerca de la fecha exacta en la cual recibí la noticia-, por la naturaleza imprecisa de la memoria humana ..."(fl. 18).

Según la misma resolución el doctor Luis Enrique Bernal pasó el siguiente informe:

> "... Atentamente me permito comunicar a usted, que a *solicitud recibida el día 23 de VIII me trasladó ese mismo día a la Clínica*

Marly (lo destacado es nuestro), con el objeto de valorar el estado de salud actual del paciente en referencia (doctor José Joaquín Rodríguez) y de plantear su traslado a Cajanal. Se dialoga con enfermera Jefe quien informa que el paciente se encuentra en otra institución donde le están practicando TAC. Se practicará 2ª visita en el día de mañana (24-VIII-82). Cordialmente, Dr. Dr. (sic) Luis Enrique Bernal Poveda. Coordinador Servicio Médico Domiciliario (hay firma y sello) ... (fl. 18).

Llama la atención de la Sala, que siendo el aviso oportuno una condición tan importante para la procedencia del pago de servicios médicos externos, el médico Jefe de Consulta Externa no hubiere dejado constancia de la fecha en que se le comunicó la hospitalización del afiliado y más aún que el médico domiciliario quien debía verificar si se trataba efectivamente de un caso de urgencia que ameritara la atención en la clínica particular o por el contrario podía ser atendido por los centros hospitalarios de la Caja y debía trasladarse el paciente, se hubiera limitado a dialogar con la enfermera Jefe y no hubiera practicado la segunda visita anunciada ni hubiera pasado el informe de evaluación que le fue encomendado.

Esta actitud de los empleados de la Caja denota un total desinterés por parte de la entidad encargada de la prestación de los servicios médicos adecuados a sus afiliados que no puede perjudicar a los usuarios, de manera que la falta de registro del aviso de quien tenía la obligación de llevarlo y la ausencia de la evaluación que debió efectuarse llevan a la Sala a dar por comprobados tanto el aviso oportuno como la imposibilidad de la Caja de atender la emergencia en sus dependencias.

Todo lo anterior permite a la Sala inferir, que en este caso se cumplieron las formalidades previstas en el artículo 24 de la Resolución 00700 de 1976 para que se autorizara el reconocimiento y pago de los servicios médicos ordenados por profesionales ajenos a la Caja Nacional de Previsión.

En tal virtud, habrá de accederse a la nulidad de los actos acusados que negaron dicho reconocimiento.

Por cuanto a la cuenta presentada por $517.506.25, la entidad demandada le hizo una glosa por $48.645.00 (fl. 12) el valor a pagar será la suma de $468.861.25.

Igualmente, se accederá a ordenar que esta suma se revalorice para contrarrestar la depreciación que desde 1983 hasta ahora ha sufrido la moneda, pues considera la Sala que, por tratarse en este caso especial, de una suma adeudada que no ha tenido el beneficio de reajuste automático o regular como ocurre con otras deudas laborales, sería inequitativo que diez años más tarde el accionante recibiera un dinero que apenas representa una mínima parte de lo que tuvo que pagar de su propio peculio, por no haber asumido la Caja su obligación legal.

Pero como el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo prescribe que cualquier ajuste de sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor, no se ordenará el pago de la "corrección monetaria" pedida en la demanda, sino el ajuste al valor en los términos del citado artículo 178.

Para ello se acudirá al sistema y fórmula que ha venido siendo utilizado de tiempo atrás por la Sección Tercera de la Corporación, según los cuales el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de esta sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de ejecutoria del último acto acusado), así:

$$R = Rh \quad \text{índice final} = \frac{468.861.21}{\text{índice inicial}} \quad \frac{264.94}{32.90} = 3.775.686.91$$

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

FALLA:

1. *Declárase* la nulidad de las Resoluciones 03510 de diciembre 15 de 1982 "por la cual se niega el reconocimiento y pago de una cuenta de cobro" y 00529 de 23 de febrero de 1983 "por la cual se decide un recurso de reposición y se confirma la Resolución 03510 del 15 de diciembre d 1982" proferidas por la Directora General de la Caja Nacional de Previsión Social.

2. *Condénase* a la Caja Nacional de Previsión Social a reconocer y pagar a favor de Joaquín Armando Rodríguez Beltrán, con cédula de ciudadanía número 2994246 de Bogotá, la suma de tres millones setecien-

tos setenta y cinco mil seiscientos ochenta y seis pesos con 91/100 ($3.775.686.91) moneda corriente.

3. Se dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día once (11) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA - Ingreso / CARRERA ADMINISTRATIVA -Estabilidad / INSUBSISTENCIA - Procedencia

No existiendo norma legal que otorgara a los empleados a los cuales se referían los Decretos 583 de 1984 y 694 de 1986 fuero de relativa inamovilidad durante el lapso que mediante ellos se les concedió para solicitar la actualización de su escalafón en carrera o su ingreso a ella, fácilmente se concluye que la administración podía declarar insubsistente el nombramiento del actor en ejercicio del poder discrecional que le otorga la ley respecto de los funcionarios no amparados por prerrogativa alguna de estabilidad, toda vez que se trataba de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., 1º de marzo de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 4557.

Decretos del Gobierno.

Actor: Rubén Rueda Fragua.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra la sentencia de 4 de julio de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila en el proceso promovido por *Rubén Rueda Fragua*, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 538 de 1987 originario del Ministerio mencionado, por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Administrador de Impuestos 2060, Grado 06 de la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva, de la Dirección General de Impuestos Nacionales y el consiguiente restablecimiento del derecho.

SECCION SEGUNDA

El Tribunal del conocimiento en el fallo impugnado, accedió a las súplicas de la demanda bajo la consideración que el Ministerio desconoció el derecho del accionante a permanecer en el cargo que desempeñaba a la fecha de expedición del Decreto 583 de 1984, pues de conformidad con lo dispuesto en dicho estatuto, en concordancia con lo previsto en el Decreto 964 de 1986, los funcionarios que ocupaban cargos de carrera al expedirse el Decreto 583, tenían la prerrogativa de escalafonarse en la carrera administrativa en dicho cargo para lo cual se les otorgó, inicialmente, un término de 3 años que luego se prorrogó a 4, no siendo dable a la administración declarar insubsistente su nombramiento durante el lapso referido.

De modo que:

"Como *Rubén Rueda Fragua* para la fecha del 22 de marzo de 1984, desempeñaba un cargo de carrera administrativa sin pertenecer a ella, adquirió por ese hecho del derecho a solicitar su inscripción en esa carrera, y para el ejercicio de ese derecho tenía tres años de plazo inicialmente, conforme al mismo Decreto que lo consagró, y luego un año más, según el Decreto 964 de 1986" (fl. 57).

Y concluye el fallador aseverando que:

"No se le puede cobrar a Rueda Fragua que para el día en que se dictó el decreto de su insubsistencia, o para el día en que ese decreto entró en vigencia, no hubiera formulado tal petición, ni hubiera acreditado los requisitos del artículo 3º del Decreto 583 de 1984, porque todavía no se le había vencido el plazo para el ejercicio del derecho de solicitud de inscripción y entonces se podían todavía surtir los efectos de esa omisión; y porque los mencionados requisitos debía acreditarlos precisamente al momento de elevar dicha solicitud, cosa que aún no había ocurrido" (fl. 58).

La entidad demandada interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia comentada, aduciendo que el demandante no se hallaba inscrito en la carrera administrativa, ni se demostró que dentro del plazo total de 4 años contemplado en los Decretos 583 de 1984 y 964 de 1986, hubiere solicitado su escalafonamiento en ella.

Por lo demás, arguye el recurrente que el otorgamiento de un término a los funcionarios que en la fecha de expedición del decreto primeramente citado ocupaban cargos de carrera para solicitar su inscripción en ésta, no implicaba que durante ese lapso se otorgara a tales empleados fuero de

relativa inamovilidad, inhabilitante para la administración del ejercicio de la potestad discrecional de removerlos de sus cargos, porque sería supeditar esta prerrogativa legal a la voluntad del empleado.

El Fiscal Cuarto de la Corporación, en su concepto de fondo (fls. 84 y 85) avala los argumentos del Tribunal porque los considera ajustados a derecho y, por ello, pide se confirme el fallo recurrido.

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación se procede a decidir, mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El acto enjuiciado por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Administrador de Impuestos 2060, Grado 06 de la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva, se expidió el 20 de marzo de 1987, fecha en la cual estaba vigente el plazo señalado en el artículo 17 del Decreto 583 de 1984 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 964 de 1986, para dar aplicación a las disposiciones contenidas en el decreto primeramente citado, referentes, según el caso, a la actualización del escalafón en la carrera administrativa de los empleados inscritos en ella o designados en período de prueba que por cualquier causa se encontraban desempeñando un cargo de carrera distinto de aquel en que fueron escalafonados o designados en período de prueba o a la inscripción, de quienes habían sido nombrados en un empleo de carrera administrativa sin pertenecer a ella.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 2º del Decreto 583 de 1984, tales funcionarios tenían derecho a que se les actualizara su escalafón en la carrera o a que se les inscribiera en ella en el empleo de que eran titulares a la vigencia del citado decreto, siempre que acreditaran que reunían los requisitos necesarios para el ejercicio del cargo, señalados en el manual específico del organismo al cual se hallaban vinculados o en el Manual General de Requisitos y obtuvieran de la misma entidad concepto favorable sobre su conducta y eficiencia.

No se trata entonces de una promoción automática a la carrera administrativa de aquellos servidores públicos, sino del otorgamiento de una oportunidad para su ingreso a ella sin necesidad de oposición o concurso, pero condicionada al cumplimiento de determinados requisitos.

Lo anterior indica claramente que con la expedición del Decreto 583 de 1984 no se pretendió otorgar fuero de relativa inamovilidad a los

empleados a quienes se confirió la aludida prerrogativa durante el plazo que tenían para acogerse a ese beneficio, como lo sugiere el demandante, sino el de permitir legalizar su situación a un considerable número de servidores públicos que fueron vinculados a través de nombramientos provisionales de duración temporal, facilitando el escalafonamiento en carrera de miles de empleados que en ese momento ejercían cargos públicos con plazos vencidos para su ejercicio.

Atribuirle a lo preceptuado en el artículo 17 del Decreto 583 de 1984 y en el artículo 1º del Decreto 964 de 1986 el alcance sugerido en el libelo, implicaría el desconocimiento de las reglas consagradas en el Decreto 2400 de 1968 que reglamentan, conforme a las cuales la estabilidad en el cargo se predica exclusivamente de los funcionarios que han ingresado a la carrera administrativa, esto es, de quienes se encuentran inscritos en ella, lo que, en condiciones normales, opera a través del sistema de oposiciones o concurso, pero en situaciones de excepción como lo previsto en el Decreto 583 de 1984, se obtiene mediante mecanismos singulares, efectivamente determinados en cada caso particular.

Mas ninguna norma legal estatuye que el fuero de relativa inamovilidad propia de los funcionarios de carrera, se extienda a aquellos que sólo tienen la posibilidad de acceder a ella, como era el caso del demandante, a quien en el momento de declarar insubsistente su nombramiento le quedaba un año para, si a bien lo tenía, solicitar su inscripción en la carrera, vale decir, para ejercitar el derecho que le confería el artículo citado del Decreto 583 de 1984.

Es diferente tener el derecho a ser inscrito en la carrera, para lo cual se requiere además elevar la correspondiente petición, acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, que ostentar la condición de funcionario de carrera amparado con fuero de relativa estabilidad, que presupone el agotamiento de aquellas etapas que son preliminares y de previa y rigurosa observación al escalafonamiento en la misma.

No existiendo norma legal que otorgara a los empleados a los cuales se referían los Decretos 583 de 1984 y 694 de 1986 fuero de relativa inamovilidad durante el lapso que mediante ellos se les concedió para solicitar la actualización de su escalafón en carrera o su ingreso a ella, fácilmente se concluye que la administración podía declarar insubsistente el nombramiento del actor en ejercicio del poder discrecional que le otorga la ley respecto de los funcionarios no amparados por prerrogativa

alguna de estabilidad, toda vez que se trataba de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

De acuerdo con lo expuesto se impone la revocatoria de la sentencia apelada que declaró la nulidad del Decreto 538 de 1987 y dispuso el consiguiente restablecimiento del derecho, para en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de 4 de julio de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, en el proceso promovido por Rubén Rueda Fragua con el fin de obtener la nulidad del Decreto 538 de 1987, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, en su lugar, deniégase las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 18 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO - Régimen Aplicable / ESTATUTOS / JUNTA SUBDIRECTIVA MUNICIPAL / JUNTA SUBDIRECTIVA REGIONAL - Improcedencia

La organización y actividad de un sindicato, debe ajustarse a las normas legales que los reglamentan y a las contenidas en sus propios estatutos. Es decir, que éstos constituyen una limitante acordada voluntariamente por la Asamblea General, porque los estatutos debidamente aprobados son de obligatorio cumplimiento para el sindicato, como lo es, obviamente, la ley. El sindicato podrá constituir subdirectivas en todos los municipios del territorio nacional distintos de donde tenga su sede la Directiva Nacional. Lo anterior muestra la imposibilidad desde el punto de vista de los estatutos, de constituir subdirectivas regionales porque su composición no está prevista en ellos y las municipalidades sólo pueden agrupar trabajadores de un solo municipio.

TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES / ACCION DE NULIDAD

El ejercicio de las acciones contencioso-administrativas no es caprichoso ni arbitrario, sino que de cada una de ellas ha de hacerse uso conforme a la ley, dentro de los términos en ella señalados y bajo determinadas modalidades específicas. Es decir, no puede el demandante ejercer la acción a su arbitrio. La conocida tesis de los motivos y finalidades que el Consejo de Estado ha aplicado en esta materia indica que no es la particularidad o la generalidad del acto impugnado la que determina la procedencia de la acción, sino la finalidad que con ella se pretenda. Cuando se busca únicamente la tutela del orden jurídico o de la legalidad abstracta, de pretensión es de nulidad; pero si el móvil es la tutela de un derecho particular, la pretensión es de restablecimiento.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., 2 de marzo de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 4530.

Resoluciones Ministeriales.

Actora: Compañía de Electricidad y Gas de Cundinamarca S. A., Celgac S. A.

La Compañía de Electricidad y Gas de Cundinamarca S. A., Celgac S. A., por medio de apoderada y en ejercicio de la acción pública de nulidad pide al Consejo de Estado:

"Declarar nula la Providencia de agosto tres (3) de 1987, emanada de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social Cundinamarca -Sección de Relaciones Colectivas- Inspección Quinta, a través de la cual se ordena la inscripción de la nueva Junta Directiva de la Organización Sindical denominada Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia Subdirectiva Centro Regional Cundinamarca, Sintraelecol, elegida en Asamblea General el 4 de julio de 1987" (fl. 2).

Como *hechos* fundamentales, la demanda menciona:

Que al Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, Sintraelecol, domiciliado en Bogotá, D. E., con personería jurídica número 01983 de julio 3 de 1975, clasificado como de primer grado y de industria, están afiliados los trabajadores de la *Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca S. A., Celgac S. A.;*

Que a través de la Resolución 02203 (junio 18) de 1986, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social aprobó la última reforma estaturia de *Sintraelecol,* efectuada en asamblea general el 25 de octubre de 1984;

Que conforme al artículo 8º de esta reforma estaturia los organismos directivos del Sindicato, en orden jerárquico son: Asamblea General de Delegados, Junta Directiva Nacional, Secretariado Ejecutivo Nacional, Asambleas Generales de Socios de las Subdirectivas, Juntas Directivas de las Subdirectivas y Comités Seccionales;

Que conforme al artículo 40 de los estatutos de *Sintraelecol,* el Sindicato podrá constituir subdirectiva en todos los *municipios* del país, distintos de la sede de la Directiva Nacional, con un número de socios no inferior a 25;

Que de acuerdo al artículo 52 de los mismos estatutos, en todos los *municipios* donde no puedan funcionar subdirectivas se podrán constituir comités seccionales;

Que el 4 de julio de 1987 se reunieron en Bogotá los trabajadores sindicalizados de Celgac S. A. en "Asamblea General" eligiendo "Nueva Junta Directiva de la Subdirectiva Centro Regional Cundinamarca", a la que pertenecen funcionarios de Celgac S. A. que laboran en diferentes municipios de Cundinamarca, y

Que fue a solicitud de esa "Nueva Junta Directiva de la Subdirectiva Centro Regional Cundinamarca" como se produjo el "auto" o providencia acusado.

Como normas violadas, la demanda cita: los artículo 8º, 40, 41 y 52 de los estatutos de Sintraelecol y el numeral 2º del artículo 12 del D.R. 1469 de 1978.

El concepto de violación lo hace consistir en que no se podía inscribir una junta directiva sindical de nivel departamental porque, excepción hecha de la Junta Directiva Nacional, sólo pueden crearse subdirectiva de nivel municipal.

La doctora Fiscal Quinto de la Corporación, emite su concepto de fondo para decir que en este caso debió ejercitarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de simple nulidad, razón por la cual el asunto no es apto para una decisión de fondo y debe proferirse decisión inhibitoria.

Se procede a decidir, previas estas,

CONSIDERACIONES:

Como es sabido, el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas no es caprichoso ni arbitrario, sino que de cada una de ellas ha de hacerse uso conforme a la ley, dentro de los términos en ella señalados y bajo determinadas modalidades específicas. Es decir, no puede el demandante ejercer la acción a su arbitrio.

La conocida tesis de los motivos y finalidades, que con algunas precisiones posteriores el Consejo de Estado ha aplicado en esta materia desde 1961 indica que no es la particularidad o la generalidad del acto impugnado la que determina la procedencia de la acción, sino la finalidad que con ella se pretenda.

Cuando se busca únicamente la tutela del orden jurídico o de la legalidad abstracta, la pretensión es de nulidad; pero si el móvil es la tutela de un derecho particular, la pretensión es de restablecimiento.

En el presente caso no se pide ningún restablecimiento de derechos individuales ni se vislumbra cuál pudiera producirse en forma automática para la empresa demandante. Por tanto es preciso admitir que obra en interés de la legalidad y en consecuencia la acción interpuesta, de simple nulidad, se considera procedente.

En cuanto al fondo del asunto la Sala hace el siguiente análisis:

Por medio del acto demandado la Inspección Quinta de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca ordenó la inscripción de nueva junta directiva de la organización sindical denominada "Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia" Subdirectiva Centro Regional Cundinamarca.

En el libelo se afirma que la inscripción es violatoria de los artículos 8º, 40, 41 y 52 de los estatutos del sindicato aprobados por Resolución 02203 de 18 de junio de 1986, pues no le está permitido tener subdiretivas regionales.

Ciertamente la organización y actividad de un sindicato, debe ajustarse a las normas legales que los reglamentan y a las contenidas en sus propios estatutos. Es decir, que éstos constituyen una limitante acordada voluntariamente por la Asamblea General, porque los estatutos debidamente aprobados son de obligatorio cumplimiento para el sindicato, como lo es, obviamente, la ley.

El artículo 8º de la estatutos vigentes cuando se expidió el acto acusado indica cuáles son los órganos directivos del Sindicato, entre los cuales aparecen las Subdirectivas y los Comités Seccionales.

De las subdirectivas se ocupa el artículo 40 según el cual, el Sindicato podrá constituir subdirectivas *en todos los municipios* del territorio nacional distintos de donde tenga su sede la Directiva Nacional, con un número de socios no inferior a 25.

El artículo 41 prevé que para la administración de la subdirectiva haya una asamblea general de socios constituida por los afiliado al Sindicato *en el respectivo municipio.*

SECCION SEGUNDA

Entre los requisitos para ser miembro de la Junta Subdirectiva se requiere, entre otros, pertenecer a la jurisdicción de la Subdirectiva.

Lo anterior muestra la imposibilidad desde el punto de vista de los estatutos, de constituir subdirectivas regionales porque su composición no está prevista en ellos y las municipales sólo pueden agrupar trabajadores de un solo municipio.

En cuanto a los Comités Seccionales, según el artículo 52 de los estatutos, podrán constituirse *en los municipios* en donde no funcionen subdirectivas, precisamente por no haberse reunido el número de socios requerido para formar una subdirectiva, es decir, 25. Estarán integrados por tres principales y tres suplentes.

En este orden de ideas se concluye que las Subdirectivas Regionales son extrañas a la organización estatutaria del Sindicato y resultan contrarias a ella. En consecuencia debe accederse a lo pedido en la demanda.

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

FALLA:

Declárase nulo el auto de 3 de agosto de 1987, proferido por la Inspección Quinta, División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, Sección de Relaciones Colectivas, mediante el cual se ordenó la inscripción de la nueva Junta Directiva de la Organización Sindical denominada Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, Subdirectiva Centro Regional Cundinamarca, elegida en Asamblea General el 4 de julio de 1987.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 13 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROTECCION A LA MATERNIDAD / INSUBSISTENCIA / INSPECTOR DE TRABAJO - Concepto Previo / DESVIACION DE PODER

No existe prueba alguna con la cual se demuestre que el Municipio demandado a través de su representante legal hubiera gestionado previamente ante el Inspector del Trabajo competente, con la prueba de la justa causa, el concepto para desvincular a la actora gestante, a pesar de existir en el archivo del ente Municipal de Previsión, al cual se encontraba afiliada la trabajadora, constancia de la positividad de su estado. Esta certeza no se funda en las expresiones del testimonio del Alcalde, por cuanto está vedado obtener su confesión provocada ni a ellos confesar espontáneamente, pues deben, según el artículo 199 del C. P. C., que no se observó en este asunto, rendir informe sobre los hechos y en pruebas ilegales no se pueden fundar las sentencias judiciales. Así mismo, no es admisible la defensa del Municipio atinente a la remoción de la demandante como servidora de discrecional remoción, por cuanto la expresión de sus motivos se obtuvo de la mencionada prueba testimonial del Alcalde y debe correr la misma suerte procesal de la ilegalidad del medio probatorio. El ente Municipal, a través del Alcalde y del Jefe de Personal fueron enterados anteladamente al decreto municipal y con todo fuera declarada insubsistente, con violación de las normas que le otorgaban relativa estabilidad y con desviación de poder subsecuentemente ya que la potestad discrecional, esta vez, se ejerció con desconocimiento de los fines para los cuales se estableció.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 2 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente número 4737.

SECCION SEGUNDA

Asuntos Municipales.

Actora: Edicta Ibarra Valdeblánquez.

Decide la Sala la apelación propuesta contra la sentencia del 7 de septiembre de 1989 emanada del Tribunal Administrativo de la Guajira, para negar la demanda de Edicta Ibarra Valdeblánquez.

La sentencia negó la petición de nulidad del Decreto 022 del 13 de mayo de 1987 por medio del cual el Alcalde del Municipio de Manaure, Guajira, declaró insubsistente el nombramiento de la actora que desempeñaba las funciones de Secretaria de Gobierno y Educación Municipal, durante su embarazo como lo afirma la demandante; por tanto pide se le paguen la licencia de 8 semanas no disfrutadas y el salario de 90 días, de conformidad con las normas que invoca en el libelo.

Notificado el Municipio expuso a través de apoderado que se oponía a las pretensiones del actor y en cuanto a los hechos manifestó que no le constaban y por consiguiente se atendría a lo demostrado en el proceso (fl. 36). En el período probatorio se llevó a cabo la diligencia de inspección judicial dentro de la cual se oyó el testimonio del Alcalde Municipal (fl. 42-43) y se constató la existencia del documento del folio 12 de este expediente en fólder de la Caja de Previsión Municipal "no encontrándose ningún oficio o certificación en el que se lleva en su despacho ni en la Jefatura de Personal" (fl. 43), relacionado con los hechos materia del litigio.

La sentencia acepta como demostrado el estado de gravidez de la demandante, pero negó lo pedido por cuanto no halló suficiente prueba del conocimiento de ese estado por el nominador, no obstante la existencia del oficio número 074 del 4 de mayo de 1987 de la Directora de la Caja de Previsión Social del Municipio remitido al Alcalde del lugar, y se formula una serie de interrogantes sobre el mismo, cuyas respuesta no solventa el documento ni otro dentro del proceso con anticipación a la fecha del decreto acusado, por lo cual admite que la desvinculación se produjo en ejercicio de la facultad del Alcalde para remover a sus servidores en cargos como el que atendía la demandante (fl. 59).

Al interponer y sustentar la apelación el apoderado de la demandante insiste en que el documento del folio 12 no fue tachado y hace fe de todo cuanto allí se dice, y que la falta de los exámenes que repara el Tribunal es independiente del valor de ese otro documento. Sin mayores detalles afirma que los exámenes fueron ocultados, como que no fue hallado uno

sólo de los documentos relacionados con su poderdante, de modo que para la fecha del decreto acusado el nominador conocía previamente la existencia del embarazo (fls. 62-63). En idéntico sentido se pronuncia la Fiscal Quinta pidiendo la revocatoria del fallo y acceder a lo pedido, teniendo en cuanto la declaración del Alcalde, las que transcribe, comenta y en parte desestima, así como la convicción arrojada por el documento del folio 12.

CONSIDERACIONES:

Las normas cuya violación se invoca, aunque protectoras de la maternidad, no excluían la desvinculación de la mujer embarazada; en su beneficio concedían una licencia remunerada durante la época del parto y sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieran surgir de sus respectivos regímenes la indemnización consistente en los salarios correspondientes a noventa días. En su reglamento constan las previsiones para que el patrono que crea tener justa causa, de acuerdo con el Decreto 652 de 1936, para el despido de una trabajadora en gestación, acuda al Inspector del Trabajo a obtener concepto previo favorable y donde no existe ese funcionario lo gestione ante el Alcalde.

No existe prueba con la cual se demuestra que el Municipio demandado a través de su representante legal hubiera gestionado previamente ante el Inspector del Trabajo competente, con la prueba de la justa causa, el concepto para desvincular a la actora gestante, a pesar de existir en el archivo del ente Municipal de Previsión, al cual se encontraba afiliada la trabajadora, constancia de la positividad de su estado. Esta certeza no se funda en las expresiones del testimonio del Alcalde, por cuanto está vedado obtener su confesión provocada ni a ellos confesar espontáneamente, pues deben, según el artículo 199 del C. P. C., que no se observó en este asunto, rendir informe sobre los hechos y en pruebas ilegales no se pueden fundar las sentencias judiciales. Así mismo, no es admisible la defensa del Municipio atinente a la remoción de la demandante como servidora de discrecional remoción, por cuanto la expresión de sus motivos se obtuvo de la mencionada prueba testimonial del Alcalde y debe correr la misma suerte procesal de la ilegalidad del medio probatorio.

El documento del folio 12 del expediente es un documento público por cuanto fue otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo, según la definición del inciso 3º del artículo 251 del C. de P. C., y la prueba que de él resulta es indivisible y comprende aún lo meramente enunciativo

siempre que tenga relación con lo dispositivo del acto, de conformidad con el artículo 258 *idem*. Equivocadamente el Tribunal en su sentencia hace depender su valor de la demostración de los documentos que le dan soporte, en este evento los exámenes de laboratorio referentes a las pruebas de embarazo, resultando de su contexto que el Ente Municipal, a través del Alcalde y del Jefe de Personal fueron enterados anteladamente al decreto de desinvestidura, del estado de gravidez de la servidora municipal y con todo fue declarada insubsistente, con violación de las normas que le otorgaban relativa estabilidad y con desviación de poder subsecuentemente ya que la potestad discrecional, esta vez, se ejerció con desconocimiento de los fines para los cuales se estableció.

Aunque se acogerá la demanda, las condenas se concretarán, -conforme a las disposiciones aplicables a esta clase de controversias-, a los salarios de noventa (90) días como indemnización y al valor de los salarios y prestaciones que la actora hubiese recibido entre la fecha de su insubsistencia y los tres (3) meses posteriores al parto, en lo que hace con el monto de los gastos en que incurrió la demandante para atender su proceso de embarazo, lo cierto es que no se demostraron en el transcurso de la *litis*, y por tanto, se denegarán estos pedimentos.

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

FALLA:

Primero. *Revócase* la sentencia del siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) del Tribunal Administrativo de la Guajira.

Segundo. *Declárase la nulidad* del Decreto 002 del 13 de mayo de 1987, emanado del Despacho del Alcalde Municipal de Manaure, Departamento de la Guajira.

Tercero. Condénase al municipio de Manuaure, Guajira, a pagar a la demandante el valor de noventa (90) días de salario como indemnización; y al valor de los salarios y prestaciones correspondientes al lapso comprendido entre la fecha de insubsistencia y los tres (3) meses posteriores al parto, como restablecimiento del derecho.

Cuarto. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Para el cumplimiento de la sentencia el Municipio de Manaure observará lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Notifíquese, cópiese y devúelvase al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 11 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Requisitos / INDIVIDUALIZACION DEL ACTO / DEMANDA - Ineptitud / JURISPRUDENCIA - Naturaleza

El acto inicial y el que lo confirma, constituyen una unidad inseparable, porque contienen la voluntad unánime de la administración sobre un tema y define un solo aspecto jurídico y administrativo, lo que hace necesario que se impugnen conjuntamente para que se opere correctamente su infirmación y de esta suerte obtener su integral desaparición del ámbito jurídico. El Juez al dictar sentencia puede apoyarse en las interpretaciones del derecho que hacen los altos tribunales de Justicia, que le parezcan tanto más sólidas como de mayor pertinencia con el asunto a resolver.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 3 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Diego Younes Moreno.*

Ref.: Expediente número 5324

Autoridades Nacionales.

Actor: Juan Andrés Moreno Moreno.

Juan Andrés Moreno Moreno, de profesión Abogado, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción hoy denominada de nulidad y restablecimiento del derecho demandó la nulidad de la Resolución 03014 de 22 de junio de 1988 emanada de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, por medio de la cual se le sancionó con la destitución del cargo de Jefe de Sección 06 de la Sección Jurídica Regional Chocó e impetra el restablecimiento del derecho pertinente.

Estima el accionante que con la resolución impugnada se transgrede lo previsto en los artículos 16, 17 y 20 de la Constitución Política de 1886, por cuanto se le imputó una falta que no ha cometido y por ello se le separó

del servicio, atentándose así contra sus bienes y su derecho al trabajo, así como lo preceptuado en el Título IX, Capítulo I, artículos 180, 181 y siguientes de los Decretos 2400 y 3074 de 1968; los artículos 13 y 14 de la Ley 13 de 1984; 40 y 41 del Decreto 482 de 1985, porque no se demostró que incumplió con los deberes propios del cargo, ni que había abusado de sus atribuciones o incurrido en las prohibiciones de ley y por cuanto no existiendo una sola declaración que lo acuse de falta, ni leve o grave que lo comprometa, esto es, apareciendo que el hecho investigado no existió, debió archivarse el expediente disciplinario que en su contra se adelantaba.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Chocó en sentencia de 17 de julio de 1990, declaró la inhibición para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, en virtud de la ineptitud sustantiva de la demanda por haberse demandado solamente la Resolución principal, esto es, aquella que impuso la sanción y no la Resolución 3607 de 1º de agosto de 1988 de la Gerencia del Incora, que al resolver el recurso de reposición contra ella confirmó la decisión impugnada.

EL RECURSO

Contra dicha sentencia la parte actora interpuso recurso de apelación precisando que la jurisdicción contencioso-administrativa venía sosteniendo que en acciones de restablecimiento del derecho era suficiente enjuiciar el acto principal aunque hubiera uno posterior confirmatorio, porque es el creador de la relación entre la administración y el administrado, pues el confirmatorio es absorbido por el principal, y después de citar varios fallos del Consejo de Estado en que se plasmó esa tesis, señala que la Sala Plena de esa Corporación modificó su criterio en sentencia de 12 de diciembre de 1988, Consejero Ponente: doctor Jorge Penen Deltieure, Expediente número S-047, Actor: Misael Gutiérrez Espejo, pero como el presente proceso se definió en vigencia de la jurisprudencia a la cual se hizo referencia, no es dable aplicar el nuevo criterio jurisprudencial plasmado en el fallo citado consistente en la necesidad de demandar tanto el acto principal como el confirmatorio, puesto que se trata de "un caso distinto y en circunstancia de modo, tiempo y lugar igualmente distintos" (fl. 163).

Luego apoyándose en jurisprudencia contencioso-administrativa sobre la irretroactividad de la ley procesal, sostiene el censor que como se

trata de un cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado que tiene que ver con el procedimiento, el fallador, por analogía, debía seguir los lineamientos jurisprudenciales trazados en relación con la vigencia de la ley procesal en el tiempo.

De suerte que como en el *sub lite* "la demanda solicitando la nulidad de la Resolución 003014 de junio 22 de 1988 emanada de la Gerencia General del Incora, (Acto principal) se presentó al honorable Tribunal el 30 de septiembre de 1988, fecha en la cual el honorable Consejo de Estado no había modificado su jurisprudencia con respecto al acto principal, regía para esta época, que entratándose de acciones de restablecimiento del derecho era suficiente enjuiciar únicamente al acto principal, aunque hubiera uno posterior confirmatorio, no incluido en la impugnación, porque es el creador de la relación entre la administración y el súbdito" (fl. 164), el Tribunal "no podía darle aplicación en el caso que nos ocupa a la nueva jurisprudencia del Consejo de Estado, porque si bien es cierto otra jurisprudencia nos ha enseñado, que la necesidad de darle estabilidad al orden jurídico reclama la irrectroactividad de la ley procesal, que como la nueva ley no se aplica a los hechos procesales realizados antes de que ella entre en vigor los efectos que a ellos atribuye la norma jurídica entonces imperante continúan subsistiendo, y por ende su eficacia no puede desconocerse so pretexto del cambio de legislación" (fl. 165).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria por compartir los criterios expuestos por el *a quo* en el fallo recurrido, opina que éste debe ser *confirmado.*

Rituada la instancia y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Ciertamente como lo anota la apelante la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 12 de diciembre de 1988, expediente número S-047 varió la jurisprudencia anterior según la cual bastaba demandar el acto principal sin que fuera necesario impugnar los actos confirmatorios, pues en ella se definió que era imprescindible demandar unos y otros, no sólo porque de prohijarse aquella tesis el término de caducidad de la acción debería contarse a partir de la notificación del acto principal, diligencia que puede preceder en mucho a la expedición del acto confirmatorio, operándose así el fenómeno jurídico aludido, sino porque

sería desconocer los mandatos de los artículos 85 y 86 del Código Contencioso Administrativo que exigen al demandante individualizar con toda precisión el acto administrativo y acompañar una copia suya con las constancias de su publicación, notificación o ejecución según el caso.

En esa misma oportunidad, también se dijo que se justificaba el cambio de jurisprudencia, porque:

"Como nuestra justicia es rogada, al demandar solamente la nulidad del acto principal, la sentencia no puede decidir la nulidad del acto que lo confirma, que es un acto independiente, posterior y válido mientras no sea anulado, porque esto significa un fallo *extra petita* no aceptado por nuestra legislación.

"El artículo 304 del C. de P. C. aplicable por disposición del 282 del Código Contencioso Administrativo, dice que la sentencia 'deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda', pero no sobre las que no fueron planteadas.

Al no poder declararse su nulidad por no haber sido pedida, el acto confirmatorio queda vigente íntegramente, y no deja de ser una ilusión jurídica pensar que queda sin piso con la anulación del principal como lo afirma la jurisprudencia modificada" (p. 8).

Esta Sección considera que los razonamientos de la Sala Plena a que se ha hecho referencia constituyen soporte válido de la continuidad de la jurisprudencia relacionada con la necesidad de demandar tanto el acto principal como los confirmatorios, permitiéndose agregar lo siguiente:

A la fecha de presentación de la demanda se hallaba vigente el artículo 138 del Decreto 01 de 1984, hoy modificado por el artículo 24 del Decreto 2304 de 1989. Decía así el texto original de ese artículo:

"Individualización de las pretensiones.

Cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa.

Cuando se pretendan condenas o declaraciones diferentes de la simple nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda."

Es incuestionable que el legislador buscaba que el demandante identificara con total exactitud el acto cuya nulidad impetra e indicara los

de trámite y aquellos que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa.

Sabido es que el acto original se integra con el pronunciamiento que surja con ocasión del ejercicio de los recursos, pues es obvio que la última decisión, por ser confirmatoria de la primera, como en el presente caso, es una manifestación de la administración que le da firmeza, la cual no podía adquirir fuerza sin el último pronunciamiento en virtud de que fue recurrida, toda vez que el artículo 62 del C. C. A., preceptúa:

"Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.

2. *Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.*

3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.

4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. (Destacado fuera de textos).

Consiguientemente, cabe aseverar que el acto inicial y el que lo confirma, constituyen una unidad inseparable, inescindible, porque contienen la voluntad unánime de la administración sobre un tema y definen un solo aspecto jurídico y administrativo, lo que hace necesario que se impugnen conjuntamente para que se opere correctamente su infirmación y de esta suerte obtener su integral desaparición del ámbito jurídicio.

Resta agregar que no son admisibles los planteamientos del recurrente en el sentido de que como para la fecha de presentación de la demanda que dio origen al proceso, no se había producido el cambio jurisprudencial al cual se ha hecho mención, el caso *sub examine* debe decidirse a la luz de la tesis revaluada, porque no hay disposición alguna que así lo autorice. La jurisprudencia es criterio auxiliar no sólo en la nueva Carta sino antes de su expedición. El Juez al dictar sentencia puede apoyarse en las interpretaciones del derecho que hacen los Altos Tribunales de Justicia, que le parezcan tanto más sólidas como de mayor pertinencia con el asunto a resolver.

En esto orden de ideas, resulta procedente la confirmación del fallo apelado que por ineptitud sustantiva de la demanda, por la inadecuada individualización del acto administrativo cuya nulidad se pretende, declaró 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 del 17 de julio de 1990, proferída por el Tribunal Administrativo del Chocó en el proceso promovido por Juan Andrés Moreno Moreno contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada del día dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA - Persecución

La Directora de la Reclusión de Mujeres le asignó a la demandante funciones que no correspondían a su cargo y en cambio dejó de señalarle las que el Manual General de Funciones y las necesidades del servicio mandaban tener en cuenta. Como sin lugar a dudas estos actos son contrarios a la ley y a los reglamentos, se concluye que la demandante desvirtuó oportunamente la presunción de legalidad que amparaba al acto administrativo de retiro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Diego Younes Moreno.*

Ref.: Expediente número 5344.

Resoluciones Ministeriales.

Actora: María Gilma Ospina Hidalgo.

María Gilma Ospina Hidalgo solicita se declare nula la Resolución 1330 del 19 de junio de 1985 proferida por el Ministerio de Justicia y mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario 3020-06.

La actora expresa que su retiro no estuvo orientado a lograr el buen servicio, sino que fue el resultado final de una persecución adelantada por la Directora de la Reclusión de Menores de Bogotá, Teniente Gloria María Galindo de Gómez, su inmediata superiora, y quien le impidió el desarrollo de sus funciones y de los programas específicos presentados por ella y la Médica Psiquiatra de la Institución, llegando incluso a asignarle actividades propias de una secretaria, tales como la de elaboración de cotizaciones y de actividades culturales ajenas a su profesión de psicóloga.

Señala que además llegó a obstaculizarle las actividades de su profesión que espontáneamente prestaba al personal de reclusas.

Expresa que recibía órdenes abiertamente ilegales, pues fue designada para coordinar la recolección de dineros para la compra del anillo penitenciario con destino a un empleado.

Agrega que no se le asignó un sitio de trabajo decoroso y el maltrato fue conocido por sus compañeros de labor, quienes aun escucharon a la Jefe de Sanidad Yolanda Pineda Peñuela solicitarle a la Directora, se negara ésta a asignarle funciones y oficina, y aun hacerle desagradable su estadía, con el objeto de que se retirara del servicio.

Aunque el auto admisorio de la demanda le fue notificado al Ministro de Justicia, éste no constituyó apoderado, y dicho organismo no compareció en ningún momento al proceso.

En el término del traslado para alegar de conclusión, la actora con base en las declaraciones recibidas, reitera sus peticiones.

La Fiscal Quinta del Tribunal Administrativo, luego de analizar el acervo probatorio, solicita se declare la nulidad del acto acusado. En uno de sus apartes, expresa la vista Fiscal:

> "De estas versiones testimoniales se deduce en forma inequívoca que a la actora Ospina Hidalgo no se le permitió por parte de la entonces Directora de la Reclusión de Mujeres, el desempeño normal de sus labores como profesional en psicología, no le fue asignado un lugar para ubicarse, y se le encomendaron labores que no le correspondían, valga decir, fue objeto de boicot y persecución, actitudes que fueron observadas por sus compañeros de trabajo, siendo además muy importante resaltar lo sostenido por la doctora Lucila Arango, quien en forma personal oyó el 'complot' para aburrir a la actora en su cargo, elaborado entre la entonces Directora del establecimiento carcelario y la Jefe de Sanidad."

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante fallo declaró la nulidad del acto acusado por considerar que el Ministro de Justicia no tuvo un motivo amparado por la ley para separar del servicio a la demandante, pues de acuerdo con las pruebas allegadas y con la situación fáctica, no se buscó atender el fin que le correspondía a la actuación administrativa.

SECCION SEGUNDA

Como el fallo no fue apelado llega en consulta a esta Corporación, donde la actora nuevamente reitera sus peticiones, solicitando se confirme el fallo consultado.

La *Fiscal Novena del Consejo de Estado* solicita, igualmente, se confirme la sentencia pues aunque la actora no era funcionaria de carrera administrativa ni ejercía un cargo en período de prueba, quedó demostrado en el proceso que "el fin que llevó a la administración a proferir el acto acusado, no fue otro que la 'persecución' de que fue objeto por parte de la Directora de la Reclusión de Mujeres, como estableció" (sic).

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. Quedó probado en el proceso que la actora no era funcionaria de carrera administrativa ni desempeñaba un empleo por un período fijo, y por tanto no puede señalarse que el acto acusado violó las disposiciones protectoras de esta clase de vinculación laboral.

2. La actora invocó y en el término probatorio procuró demostrar que el acto se expidió por causas ajenas al servicio público y con un fin mezquino orientado a satisfacer intereses personales de la Directora de la Reclusión de Mujeres, Teniente Gloria María Galindo y de la Jefe de Sanidad Yolanda Pineda Peñuela.

3. Conviene, por consiguiente, examinar el caudal probatorio para determinar su alcance, percepción, contenido del mismo e imparcialidad, y si los hechos que se dicen probados coinciden con los expuestos en la demanda.

4. A continuación se examinarán las declaraciones traídas al proceso en el siguiente orden:

a) Declaración de Lucila Arango Ospina, Médica Psiquiatra, Directora del Anexo Psiquiátrico del Buen Pastor.

La declarante expresa que conoció a la actora por razón del trabajo, imposibilitándosele desarrollar el programa de salud mental para toda la reclusión por falta de una psicóloga ya que contra la actora se desató una persecución laboral que impidió que ella prestara su concurso adecuadamente. Señala que personalmente escuchó el diálogo que sostuvieron la Directora de la Reclusión y la Directora del Departamento Médico, según el cual se pretendía obtener el retiro de la actora con la puesta en práctica de conductas ilícitas. Al respecto dijo la declarante:

"Yo personalmente escuché a la doctora Yolanda hablando con la doctora se corrige con la Directora acerca de cómo debían aburrir a Gilma no dándole funciones relacionadas con su profesión, haciéndola sentir mal, haciendo cosas que realmente no eran las que debía (sic) realizar una profesional como ella, como por ejemplo recoger fondos para comprar regalos, llamar por teléfono para hacer cotizaciones, organizar eventos sociales otra cosa el horario, a Gilma no le fijaron un horario como el que tenía todo el mundo de cuatro u ocho horas sino que muchas veces tenía que quedarse hasta altas horas de la noche, inclusive sábados."

Señala la declarante que ante esta situación, se dirigieron directamente al Ministro a quien expusieron los hechos, habiendo cambiado por algún tiempo la situación persecutoria;

b) Declaración de Rosmira C. Candanoza Rodríguez, Psicóloga del Comité de Rehabilitación Carcelaria.

La declarante expresa que a la actora no le asignaron las funciones propias de su profesión de psicóloga, sino de secretaria y cotizadora, e incluso que la ubicaron detrás de una puerta de la Secretaría de la Dirección, sin escritorio ni oficina y dándole un trato descortés y desconsiderado.

Señala la declarante que ella habló sobre esta situación con el propio Ministro de Justicia. En algunos apartes dijo la declarante:

"Se rumoraba que en el establecimiento carcelario que (sic) se pretendía que ella renunciara, la idea era que ella renunciara por el no entendimiento con la Directora o porque a la Directora le impusieron la presencia de la doctora Gilma, conversé esto con la secretaria de la dirección;"

c) Declaración de Bernardo A. González V., Inspector del Despacho del Ministro.

El declarante señala que conoció a la actora cuando efectuaba una visita a la cárcel, oportunidad en la cual se enteró de la situación en que ésta se hallaba, así como de otras irregularidades que se presentaban en dicha institución y atribuibles a la Directora del establecimiento carcelario y a *Yolanda Pineda,* Directora del Departamento Médico. Sobre las funciones desempeñadas y causa del retiro de la actora, el declarante expresó:

"¿Sírvase decir si la doctora Ospina Hidalgo tenía oficia propia y elementos suficientes para atender su servicio o no? *Contestó:* No tenía oficina, creo que la ubicación fue en una pequeña silla con una especie de mesita al lado o en un rincón donde se ubica la secretaria de la Directora y que a mí me conste durante esa visita en que yo estuve, no ejercía las funciones como psicóloga, sino que como ya dije ella me comentó en esa oportunidad que estaba haciendo cotizaciones, es decir en concreto, no ejercía las funciones como psicóloga que era útil en ese establecimiento carcelario donde se supone que la función es rehabilitadora. *Preguntado:* ¿Sírvase decir si usted se enteró de los motivos por los cuales la Directora del establecimiento carcelario no le asignó funciones a la doctora Ospina Hidalgo ni la ubicó en una oficina pertinente? *Contestó:* Realmente desconozco los motivos porque la Directora procedió de esa forma, cuando era una persona a la cual no conocía, lo que sí puedo decir que si antes de que yo llegara la trató así, posterior a mi visita seguramente que fue peor y estoy casi seguro que intrigó no sé con quiénes o con quién para que fuera retirada del Ministerio de Justicia;"

d) Declaración de Luz Marina Novoa Garzón, Trabajadora Social de la Reclusión Nacional de Mujeres.

La declarante relata el entusiasmo, buen trabajo y lealtad de la demandante, así como del entorpecimiento y trato descortés de la Directora para con ella y en relación con sus funciones. En uno de los apartes expresó:

"Ella al llegar a la Institución, como es natural de todo profesional, pasó un programa el cual ni siquiera se tomó la molestia de leerlo, no prestó ninguna atención, sin embargo, ella atendía al personal de internas en los pasillos, en cafeterías, en sitios totalmente inadecuados, cuando ella se enteraba de esto o sea la Directora doña María, se enteraba de que la doctora Gilma estaba atendiendo a las internas, inmediatamente la Directora la mandaba llamar, así entorpecía la labor que ella quería prestar y emprender el servicio que se le tenía que dar a la población reclusa.

"(...).

"Cuando se hacían reuniones generales daba a entender la Directora el trato tan hostil y despectivo que le daba a la doctora Gilma Ospina, de esto nos dimos cuenta todos los empleados, ella también o sea la

Directora cuando la doctora Gilma estaba trabajdno (sic) se corrige trabajando, la llamaba o mandaba llamarla con alguien para que le hiciera llamadas pidiendo cotizaciones, referente a celebraciones de la fiesta de la madre o del guardián, llamadas que la doctora Gilma tenía que hacer desde la oficina de dactiloscopia, estas funciones no eran para una profesional de psicología puesto que allí existían personas para esta clase de trabajos, así con esto entorpecía la labor de ella.

"(...).

"Preguntada: ¿Sírvase decir si usted se enteró de los motivos por los cuales la doctora Ospina Hidalgo fue declarada insubsistente? *Contestó:* No sé exactamente qué sería, pero lo que sí sé es que la Directora la se corrige (sic) no quería, eso saltaba a la vista, debió ser por ese conducto que la Directora lo solicitara, la hostilidad personal que ella tenía contra ella, debió por la forma en que no la quería ver, (sic) quién más que ella debió solicitar eso."

5. Como la asignación irregular de funciones según la demandante no sólo puede probarse mediante declaraciones sino con prueba documental, conviene examinar estos medios probatorios allegados al proceso, en la siguiente forma:

a) Obra un oficio de la Directora de la Reclusión de Mujeres, dirigido a la actora donde le solicita "dictar una conferencia semanalmente sobre Régimen Penitenciario", lo cual en principio no aparecería como algo muy apropiado debido al perfil profesional de la actora. Sin embargo, como la demandante optó por desarrollar la citada actividad tomando parte en las fases introductorias y propias de su profesión, y dejó la parte central del Régimen Jurídico a profesionales del derecho, se estima que dicha asignación de funciones no constituyó un desvío en el ejercicio de la autoridad;

b) Se anexó también un oficio suscrito por el Director General de Prisiones, Mayor Marco Antonio Gantiva Arias, cuyo texto expresa:

"Bogotá, 22 de marzo de 1985

Teniente

Gloria María Gómez de Galindo

Directora Reclusión de Mujeres,

Bogotá

La Dirección General de Prisiones, con motivo del retiro del doctor Helio Néstor Gil Herrera, ha convenido obsequiarle el *anillo penitenciario* como agradecimiento a los invaluables servicios prestados a esta Institución, por esta razón me permito solicitarle se sirva recolectar entre los Profesionales Universitarios de ese establecimiento una cuota individual de $500.00 con el fin de solventar los gastos que este presente ocasiona.

Firmado:

Mayor *Marco Antonio Gantiva Arias,*

Director General de Prisiones (E.)."

Como la demanda lo advierte y así se ratificó en las declaraciones, a la actora se le encomendó la recolección del dinero, es evidente que esta actuación es contraria a la ley, debiéndose expresar que la conducta asumida por el citado Director General de Prisiones y cohonestada por la Directora de la Reclusión de Menores, es violatoria de la ética administrativa como lo contempla el artículo 9º del Decreto 2400 de 1968.

6. Obran copias de los programas de trabajo presentados por la Directora del Anexo Psiquiátrico y la actora entre otras funcionarias, así como de las diferentes labores realizadas por esta última, lo cual demuestra el interés de la demandante en el desempeño de sus funciones.

También obra copia del oficio que le dirigió a la Directora de la Reclusión en donde le expresaba el desarrollo de algunas actividades, así como la solicitud de que le asignara funciones, sitio y un horario de trabajo acorde con su cargo y profesión.

Igualmente anexa copia del oficio de 5 de junio de 1985 dirigido al Ministro de Justicia en donde le señalaba los problemas comentados verbalmente a él y expuestos en la demanda, y en procura de una investigación 14 días después de dirigido este último oficio se produjo el acto administrativo que hoy se acusa.

7. De la lectura de las declaraciones y documentos aportados al proceso se concluye que la actora desempeñó correctamente sus funciones sin que hubiera merecido la imposición de sanción alguna ni que en su contra se hubiera iniciado proceso disciplinario.

8. Quedó probado que la Directora del Establecimiento carcelario, incumpliendo sus deberes, imposibilitó el normal desarrollo de las

funciones de la demandante y con su comportamiento obstruyó el servicio que ésta debía prestar, fomentando una verdadera persecución a dicha funcionaria, sin causa justificada alguna.

9. Quedó también probado que la Directora de la Reclusión de Mujeres le asignó a la demandante funciones que no correspondían a su cargo y en cambio dejó de señalarlè las que el Manual General de Funciones y las necesidades del servicio mandaban tener en cuenta.

Como sin lugar a dudas estos hechos son contrarios a la ley y a los reglamentos, se concluye que la demandante desvirtuó oportunamente la presunción de legalidad que amparaba al citado acto administrativo de retiro, estando llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

10. La Sala no deja pasar inadvertido el hecho de que el Ministerio de Justicia, pudo oponerse a las afirmaciones de la demanda y controvertir la prueba, sin que así hubiera ocurrido, y menos interpuso el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia, dejando el negocio expósito.

Por tanto, se confirmará la sentencia, debiéndose adicionar únicamente en lo relacionado con lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Nacional.

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. *Confírmase el fallo consultado y mediante el cual se anuló la Resolución 1330 de 19 de junio de 1985 proferida por el Ministro de Justicia, y según la cual se declaró insubsistente el nombramiento de María Gilma Ospina Hidalgo.*

Segundo. Adiciónase dicho fallo en el sentido de que la Nación deducirá todas aquellas sumas de dinero que el Estado o cualquier entidad oficial haya cancelado a la actora durante este mismo período, por concepto de salarios o prestaciones en virtud de vínculo laboral, conforme lo preceptúa el artículo 128 de la C. N.

Tercero. 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 dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Salvo voto; *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Nota de relatoría: El salvamento de voto del doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora fue el mismo proferido en la sentencia No. 4960 de marzo 23 de 1993, Ponente: Dra. Clara Forero de Castro, Actor: Oscar Gómez Pastor, publicado en este mismo Tomo de Anales.

HUELGA - Declaratoria / QUORUM

Siendo la huelga un derecho constitucional reconocido a favor de los trabajadores, cuando no logran llegar a acuerdos directos o convencionales con los patronos sobre las condiciones de trabajo y cumplidas en el caso en estudio todas las etapas previas a su declaración, al encontrarse suficientemente demostrado que los once empleados sindicalizados que la votaron en la Asamblea Extraordinaria, constituían, a la luz de las nuevas disposiciones laborales que sólo exigen el voto de los comprometidos en el conflicto, la mayoría de los sindicalizados, es necesario concluir que la huelga se votó con el quorum exigido legalmente.

DEMANDA - Interpretación / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

Si bien es cierto que la jurisdicción contenciosa administrativa es rogada, lo que conlleva a que quienes pretendan un reconocimiento por parte de ella deben cumplir con precisión con las formalidades que exige la ley para ponerla en operación, también lo es, que el examen del cumplimiento de estas formalidades no debe extremarse hasta el punto de sacrificar el derecho sustancial por la forma, máxime cuando la deficiencia es leve, como en el presente caso, en donde se puede conocer a ciencia cierta el aspecto sometido a debate.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 8 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 3199.

Resoluciones Ministeriales.

Actora: Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá Limitada, Coeducadores.

SECCION SEGUNDA

La Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá Limitada, Coeducadores, mediante procedimiento ordinario y en acción de restablecimiento del derecho, demanda la nulidad de las Resoluciones 01584 de 22 de mayo y 03016 de 7 de septiembre, ambas de 1987, por medio de las cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no accedió a declarar la ilegalidad de la huelga decretada por el Sindicato de Trabajadores al servicio de las entidades cooperativas Sintralsencoop.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, pide autorización para despedir a quienes dirigieron dicho movimiento ilegal y a los trabajadores que en él participaron: que se ordene la aplicación de las sanciones correspondientes al Sindicato y se establezcan las demás condenas pertinentes.

I. DE LOS HECHOS, DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

1. Como supuestos fácticos de la pretendida anulación se narran los siguientes hechos:

"1. *El Sindicato Nacional de Trabajadores al Servicio de las Entidades Cooperativas, Sintralsencoop,* en diciembre de 1987 presentó un pliego de peticiones a la *Cooperativa de Educadores de Boyacá Ltda.*

2. La Cooperativa de Educadores de Boyacá, inició las conversaciones correspondientes, habiendo llegado a acuerdos parciales según las actas.

3. El Sindicato obrando como tal, el día 22 de febrero de 1987, votó una huelga habiendo asistido solamente once (11) socios del Sindicato de Trabajadores de las entidades cooperativas, y habiendo sido aprobada la huelga por doce (12) trabajadores de la Empresa Cooeducadores incluyendo un trabajador no sindicalizado.

4. El Sindicato *Sintralsencoop*, para 1986 tenía 155 asociados afiliados y sólo asistieron once que pertenecen a la Cooperativa de Educadores y cinco de otras entidades, según el acta de esa fecha.

5. Quedó plenamente demostrado que la Cooperativa de Educadores de Boyacá, para la fecha de aprobación de la huelga, contaba con treinta (30) trabajadores permanentes de nómina y cinco (5) interinos; así aparece en el acta de iniciación de la huelga y en la copia de la nómina que se acompañó como prueba.

6. El Gerente y Asesor Jurídico de la Cooperativa una vez iniciada la huelga, ante la constatación de los vicio anotados en el memorial y que más adelante explicaré, se solicitó ante el señor Ministro de Trabajo y Seguridad (Director General del Trabajo y Jefe de la División de Asuntos Colectivos), *la declaratoria de ilegalidad* de la huelga que decretó *el Sindicato Nacional de Trabajadores al servicio de las Entidades Cooperativas.*

7. El Ministerio del Trabajo ni directamente ni por comisionado constató los puntos que se solicitaron en las pruebas especialmente en la Inspección Ocular.

8. El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución 01584 de 22 de mayo de 1987, no accedió a la petición formulada por la entidad patronal.

9. Contra dicha resolución se interpusieron los recursos correspondientes oportunamente, memorial que se encuentra legalmente fundamentado.

10. El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución 03016 de septiembre 2 de 1987, no revocó la Resolución 01584 de mayo 22 de 1987.

11. Esta última resolución fue notificada el día 11 de septiembre del mismo año al señor gerente de la Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá Limitada.

12. Contra la anterior resolución no cabe recurso alguno, existiendo sólo la presente acción ante ese honorable Tribunal.

13. En consecuencia se encuentra agotada la vía gubernativa al proferirse y ser notificada la Resolución 03016 de septiembre 2 de 1987.

14. El gerente de la Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá Limitada como demandante y recurrente como representante legal de la entidad patronal me ha conferido poder para adelantar la presente acción.

2. Las normas que se consideran vulneradas con la anterior negativa son:

Constitución Nacional de 1886 en sus artículos 17, 18, 20 y 44.

Leyes 11 de 1984 y 39 de 1985.

Decreto 277 de 1986.

Estatutos del Sindicato Nacional de Trabajadores al Servicio de las Entidades Cooperativas.

3. Los cargos de violación contra la actuación demandada se pueden sintetizar de la siguiente manera:

3.1 El derecho constitucional al trabajo, fue violado, cuando una tercera parte minoritaria de los trabajadores de la cooperativa, resolvieron cesar en las actividades, en contra del querer de la mayoría, ya que la huelga fue votada sólo por 11 afiliados y un no afiliado.

El derecho a la huelga se encuentra reglado por las Leyes 11 de 1984 y 39 de 1985, las cuales no fueron tenidas en cuenta en el presente caso. Las pruebas solicitadas no fueron practicadas por negligencia del Ministerio, ni se tuvo en cuenta lo que consagran los Estatutos de la entidad sobre una Asamblea General.

3.2 Quien promovió la huelga fue el Sindicato y no los trabajadores. Además fue votada no en una Asamblea General, como lo exige la Ley 11 de 1984, sino por una minoría del Sindicato, que de ninguna manera tenía el *quorum* suficiente para tomar alguna determinación. Entonces la huelga fue ilegal, porque no fue declarada por la mayoría de los trabajadores, que en ese momento eran 35. Además en los Estatutos, norma especial y esencial del Sindicato, no se consagraba expresamente el derecho a la huelga.

3.3 La Resolución 03016 de septiembre de 1987 se encuentra falsamente motivada, cuando afirma que el número de trabajadores directamente comprometidos en el conflicto eran 22 y por tanto la decisión fue tomada por la mayoría legal y estatutariamente exigida, cuando realmente eran más de 30, también lo fue cuando en sus considerandos hizo referencia al artículo 450 numeral d) del Código Sustantivo del Trabajo, cuando realmente ha debido citar el c).

II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su vista de fondo, la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado aclara inicialmente que en la demanda no se individualizó los artículos de las normas citadas como violadas, pero que se entiende claramente que el argumento central cuestionado, es el relacionado con el *quorum* que se debió reunir en la Asamblea que decidió la declaratoria de huelga.

Después de efectuar el cotejo de los trabajadores de *Coeducadores* que se encontraban afiliados al Sindicato a través de Sintralsencoop, con el número de participantes que se reunieron en Asamblea, concluyó que ésta había reunido el *quorum* exigido en el artículo 9º de la Ley 39 de 1985, y que por tanto las resoluciones que no accedieron a declarar la ilegalidad de la huelga, no habían infringido ninguna de las normas citadas en la demanda. Solicita en consecuencia, que se nieguen las súplicas de la demanda.

Llegando, pues, el momento de decidir y no observándose vicio alguno que afecte el proceso,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El concepto fiscal realiza dos precisiones que la Sala comparte en su integridad: que en la demanda no se individualizaron las normas violadas y que la base fundamental en que se sustenta la acción de nulidad de la actuación demandada, es la falta del *quorum* exigido legalmente para hacer eficaz la declaratoria de huelga de los empleados de la Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá Limitada.

Sobre la anotada deficiencia de la demanda, es evidente que en libelo por medio del cual se dio inicio a la acción, se incurre en notorias imprecisiones con respecto al requisito procesal de señalar las normas violadas, no sólo por haberse invocado como violadas directamente normas de rango constitucional, hecho que, en principio, no llega a configurarse en un acto administrativo individual y concreto, sino, principalmente, porque se citan ordenamientos jurídicos desde un punto de vista general, tales como las Leyes 11 de 1984; 39 de 1985 y el Decreto 477 de 1986, pero sin señalar con toda precisión, dentro del total de la normatividad, cuáles artículos fueron los infringidos con la actuación que se demanda, a fin de facilitar la debida confrontación por parte del fallador.

Pero al integrar la demanda en un solo contexto, se observa que dentro del "Concepto de Violación", se precisan algunos de los artículos que de dichos ordenamientos jurídicos se consideran como vulnerados, además de que puede extractarse fácilmente, el quid del asunto debatido. *Y si bien es cierto que la jurisdicción contenciosa administrativa es rogada, lo que conlleva a que quienes pretendan un reconocimiento por parte de ella deben cumplir con precisión con las formalidades que exige la ley para ponerla en operación, también lo es, que el examen del cumplimiento de*

estas formalidades no debe extremarse hasta el punto de sacrificar el derecho sustancial por la forma, máxime cuando la deficiencia es leve, como en el presente caso, en donde se puede conocer a ciencia cierta el aspecto sometido a debate.

Así lo consagra el artículo 228 de la Constitución de 1991, y por ello la Sala, sin dejar de observar la deficiencia anotada, se pronuncia sobre el aspecto de fondo de la acción.

En el presente juicio se demandan las Resoluciones 15084 de 22 de mayo y 03016 de 7 de septiembre, las dos de 1987, emanadas del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, por cuanto en ellas no se accedió a declarar ilegal la huelga decretada por los trabajadores de "Coeducadores de Boyacá Limitada". Afirma la demanda que la huelga fue promovida por el Sindicato de Trabajadores al Servicio de Entidades Cooperativas, Sintralsencoop, entidad que a 31 de diciembre de 1986 contaba con 155 afiliados, requiriendo así un número de 78 votos como *quorum* válido para realizar la Asamblea y votar la huelga. Además, en la propia empresa *Coeducadores* el número total de empleados a la fecha en que se realizó la Asamblea eran 35 personas, luego los 11 empleados sindicalizados que la votaron, con un no sindicalizado, no lograban conformar el número mínimo requerido para dar validez a la reunión que culminó con la declaratoria de la huelga. Por tanto, bien fuera tomando en cuenta el número de afiliados a la organización sindical que votó la huelga o al total de empleados de la entidad vinculada, en ningún caso se reunió el *quorum* exigido legalmente.

LA SALA OBSERVA:

Según se detalla en el Acta de la Asamblea General que el día 22 de febrero de 1987 realizaron los empleados *sindicalizados* de la Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá, previa a dicha Asamblea se adelantaron ante los directivos de la cooperativa, todas las etapas de arreglo directo y conciliación, con presentación del pliego de peticiones, sin llegar a acuerdo entre las partes. Estos antecedentes llevaron a que en dicha reunión se sometiera a votación la huelga o el Tribunal de Arbitramento, obteniéndose unanimidad por la huelga. Según se desprende de la verificación del *quorum* que consta en el acta, participaron once (11) empleados *sindicalizados* y uno que no lo era.

Y sobre este aspecto del *quorum*, los actos acusados manifestaron en su momento, lo siguiente:

"De conformidad con las disposiciones legales vigentes quien puede tomar la decisión entre la huelga y el Tribunal de Arbitramento, es quien o quienes hayan promovido el conflicto que en el caso de autos fue el Sindicato Nacional de Trabajadores al Servicio de las Entidades Cooperativas, Sintralsencoop, debidamente autorizado por los trabajadores en Asamblea General.

Dentro del expediente aparece claro que el número de trabajadores directamente comprometidos en el conflicto, es de 22, por tanto, las decisiones adoptadas en Asamblea General fueron acogidas por las mayorías legal y estatutariamente exigidas."

Corresponde así establecer si el número de votos que emitió a favor de la declaratoria de la huelga, eran suficientes, como lo sostienen los actos emitidos por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, o si por el contrario, como se afirma en la demanda, se requería un número de votantes muy superior al allí representado, para la validez de la decisión.

Sea lo primero precisar quiénes eran los obligados a votar la huelga, para por contera definir qúé número de empleados constituían el *quorum* requerido legalmente para tomar tal determinación. Y este aspecto lo aclara suficientemente el artículo 9º de la Ley 39 de 1985, cuando define cuál es la Asamblea General que debe llegar a tal determinación: "La de los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto". Son por esto confusas las afirmaciones de la demanda, que pretenden llegar a la conclusión de que el *quorum* requerido lo integraban la mayoría de los afiliados a *Sintralsencoop* -organización sindical que agrupa a los empleados de las cooperativas y como tal, supervisaba el desarrollo del conflicto laboral de sus afiliados- pero que en ningún caso podía considerarse, como agremiación sindical, "directamente comprometida en el conflicto". Adicionalmente, en dicha decisión podían tomar parte los empleados sindicalizados o no, requiriéndose únicamente su vinculación laboral con la empresa.

Obra como anexo integrante de la Inspección Judicial que se adelantó en las dependencias de la Cooperativa.

Así mismo obra también, allegada por la Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá Limitada, (fl. 38 cdno. de antecedentes), la nómina para pago de sueldos de *Coeducadores* a febrero 28 de 1987, observándose que se efectuaba descuento sindical a 17 empleados de los 29 que allí laboraban, según se puede cotejar con la nómina de retroactiva de 1987, que obra a folio 21 del mismo cuaderno.

Los anteriores hechos dilucidan dos aspectos fundamentales: que los trabajadores "directamente comprometidos en el conflicto" eran aquellos empleados de "Coeducadores afiliados a la organización sindical Sintralsencoop"; que no todos los empleados ni la organización sindical misma, y que a la fecha de la Asamblea Extraordinaria -22 de febrero de 1987- se encontraban afiliados al sindicato 17 empleados de *Coeducadores*.

Siendo la huelga un derecho constitucional reconocido a favor de los trabajadores, cuando no logran llegar a acuerdos directos o convencionales con los patronos sobre las condiciones de trabajo y cumplidas en el caso en estudio todas las etapas previas a su declaración, al encontrarse suficientemente demostrado que los once empleados sindicalizados que la votaron en la Asamblea Extraordinaria constituían, a la luz de las nuevas disposiciones laborales que sólo exigen el voto de los comprometidos en el conflicto, la mayoría de los sindicalizados, es necesario concluir que la huelga se votó con el *quorum* exigido legalmente.

No logró así la entidad demandante probar con los elementos de juicio pertinentes, las afirmaciones en que basó su demanda; por el contrario, la diligencia de la Inspección Judicial que se realizó con presencia ante la *jurisdicción* sobre la nómina de empleados vinculados a la cooperativa a 28 de febrero de 1987 y los que, dentro de este total, se encontraban sindicalizados, demuestran que la declaratoria de huelga fue votada por el número requerido por la ley. No puede así afirmarse que se haya desvirtuado la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos objeto de la presente demanda.

Las anteriores afirmaciones son suficientes para negar las pretensiones de la presente acción de 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:

Se niegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 25 de febrero de 1993.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Enrique Conti Bautista, Conjuez*; Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora,* salva de voto; *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO / SINDICATO / HUELGA / TRABAJADOR SINDICALIZADO / TRABAJADOR NO SINDICALIZADO (Salvamento de voto)

Todos los trabajadores de una empresa donde se desarrolle un conflicto colectivo están "directamente comprometidos" en éste. Sería absurdo suponer que un trabajador, por el hecho de no estar sindicalizado, no tenga un interés directo y primordial en las resultas de la negociación colectiva, como que le interesan tanto como a cualquiera de sus compañeros sindicalizados temas como el del aumento salarial, los reajustes prestacionales, el régimen general del contrato de trabajo, etc.; y con mayor razón, la posibilidad de quedarse -al menos temporalmente- sin salario por causa o con ocasión de la huelga.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Con el respeto de siempre por las decisiones mayoritarias de la Sala, me permito consignar las razones por las cuales salvé mi voto en el asunto de la referencia, así:

1. Desde la expedición de la Ley 39 de 1985, ha sido motivo de permanente discusión la interpretación de la frase "trabajadores directamente comprometidos en el conflicto", que trae su artículo 9º.

2. La Sala sostuvo en oportunidades anteriores, unánimemente, que esta expresión implicaba un cambio en la orientación de la normatividad anterior, según la cual se abandonó el criterio de "la mayoría de los trabajadores" por el de "la mayoría de los trabajadores sindicalizados". Es decir, que cuando el conflicto colectivo es promovido por un sindicato, así sea minoritario, es a éste al que le corresponde, válidamente, votar la huelga.

3. El Diccionario de la Lengua Española dice que *comprometido* es el que "está en riesgo, apuro o situación dificultosa", y que *comprometer* es "exponer o poner a riesgo a alguna persona o cosa en una acción o caso aventurado".

4. En ese orden de ideas, es ostensible, para mí, que "directamente comprometidos" son todos los trabajadores de la empresa donde se desarrolla un conflicto colectivo, puesto que aunque no formen parte del sindicato que lo promueve, todas las circunstancias que rodean ese fenómeno los afectan, tales como la agitación laboral propia de esos eventos; el resultado de la negociación, que se plasma en una convención colectiva; el posible cese de actividades; la suspensión de los contratos de trabajo, etc.

5. Comparto la tesis de quienes consideran que si el legislador hubiese querido reservar la decisión de la huelga a los afiliados al sindicato, hubiese dicho "trabajadores sindicalizados" y no "trabajadores directamente comprometidos".

6. La Sala entendió, en esos casos anteriores, que la redacción de la Ley 39 de 1985 determinaba que se había cambiado la filosofía de las normas sobre la materia, en el sentido de que a partir de su promulgación ya no se aplicaba el criterio de las mayorías, sino el de la "mayoría de las minorías".

7. Por el contrario, considero que no había ninguna razón de orden político, ni histórico, ni jurídico, ni social, para que el legislador modificara sus criterios anteriores. Por consiguiente, cuando la Ley 39 de 1985 utilizó la expresión "directamente comprometidos", debió entenderse que ratificaba los criterios usados en otras codificiones y por ende, que mantenía los lineamientos que respaldaban y defendían ese principio democrático en el seno de las empresas.

8. Si la ley mantuvo esos postulados para lo que tenía que ver con la representación misma de los trabajadores, no se ve razón válida para sostener que en el caso de la huelga tomó un camino diferente, contrario al democrático del respeto por las mayorías.

9. En concordancia con lo anterior, pienso que todos los trabajadores de una empresa donde se desarrolle un conflicto colectivo están "directamente comprometidos" en éste.

10. Sería absurdo suponer que un trabajador, por el hecho de no estar sindicalizado, no tenga un interés directo y primordial en las resultas

de la negociación colectiva, como que le interesan tanto como a cualquiera de sus compañeros sindicalizados temas como el del aumento salarial, los reajustes prestacionales, el régimen general del contrato de trabajo, etc.; y con mayor razón la posibilidad de quedarse -al menos temporalmente- sin salario por causa o con ocasión de la huelga.

11. Que la Ley 50 de 1990 haya sido clara y expresa al plasmar los derechos de la mayoría no significa que haya que entender que la Ley 39 de 1985 no tenía esos mismos derroteros, sino unos distintos basados en el capricho y arbitrariedad de las minorías. Esto es, una especie de "dictadura de las minorías".

Por los razonamientos anteriores, entonces, no puedo compartir el criterio mayoritario de la Sala y antes bien, considero que han debido prosperar las súplicas de la demanda.

Con toda atención,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

La resolución cuya nulidad se demanda es un acto administrativo de contenido general, impersonal, que por sí mismo no infiere perjuicio a ningún particular, de manera que su nulidad no acarrearía otro efecto que el de hacerlo desaparecer del ordenamiento jurídico, ya que el juez administrativo no podría hacer declaración consecuencial para precisar efectos reparadores de daños que no pudo haber causado o de derechos que tampoco vulneró, como se pide en el libelo. Por ello, no podía impugnarse en acción de restablecimiento del derecho, como se hace en el presente caso. Por consiguiente, no es dable a la Sala decidir acerca de la legalidad de la Resolución 001000-7950 con el único propósito de derivar de su posible infirmación la de la Resolución 001000-7951 de contenido particular, porque estaría atribuyendo a la declaratoria de nulidad de un acto de carácter general y objetivo, consecuencias no previstas en el ordenamiento jurídico. Tampoco puede adoptar ninguna decisión acerca de esta última resolución, en virtud de que su nulidad no fue demandada, de modo que si la decretara se desbordaría el petitum del libelo, en donde no figura solicitud al respecto, lo que conduciría al quebranto del artículo 305 del C. de P. C., conforme al cual lo resuelto en la sentencia debe armonizar con las pretensiones del demandante.

ACCION DE NULIDAD / ACTO DE CARACTER GENERAL / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia

Como se dijo en la Providencia que confirmó la negativa de suspensión provisional de la Resolución 001000-7950 de 1987, esta "jurisdicción no puede conocer de oficio sobre la validez de un acto que no ha sido enjuiciado ni tiene la función de restablecer el derecho a través de mecanismo de revocación de una Resolución".

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 8 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 4017.

Autoridades Nacionales.

Actor: Gustavo Manrique García.

Gustavo Manrique García en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo demanda la declaratoria de nulidad de la Resolución 001000-7950 de 21 de julio de 1987, emanada de la Presidencia de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, por medio de la cual se trasladó de la Vicepresidencia Financiera, División de Contabilidad Nacional Sección Contabilidad de Bienes (Central), Grupo Costos (Contabilidad Servicios Varios), numerales 1º, 2º, 3º, Código 021360 a la Gerencia Regional de Medellín, Gerencia Zonal de Quibdó (Chocó), numeral 116, Código 758000-2, un cargo de Profesional (Jefe), Código 0384 (fl. 21), y la revocatoria de la Resolución 001000-7951 de la misma fecha, expedida también por la mencionada autoridad administrativa, por la cual se le trasladó del cargo de Profesional III, con funciones de Jefe, Código 1084, Categoría Z de la Vicepresidencia Financiera, División de Contabilidad, Sección Contabilidad Servicios Varios, al cargo de Profesional III, Código 1084, Gerencia Regional de Medellín, Gerencia Zonal de Quibdó (Chocó), en la plaza de traslado por la resolución primeramente citada (fl. 122), e impetra, como consecuencia, que se le ubique en el mismo cargo que desempeñaba en el momento del traslado o en otro de igual o superior categoría (fls. 140-141).

Como hechos fundamentales de la acción se relata que el actor, quien ingresó a Telecom el 14 de agosto de 1969, escalafonado en la carrera administrativa mediante Resolución 001461 de 5 de mayo de 1986 del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en su condición de Subjefe de la División de Investigaciones Financieras, elaboró el Estatuto Económico y Financiero de la Licitación número 05 de 1986 cuyo objeto era la adquisición y puesta en servicio de 18 centrales telefónicas, el cual fue remitido por el Jefe de dicha División a la Vicepresidencia Técnica de la Empresa.

Sin embargo, a través de las actas números 1045 del 8 de agosto de 1986 del Comité de Licitaciones y 1469 del 9 de los mismos mes y año

de la Junta Directiva de Telecom, el demandante constató varias irregularidades en el proceso de ponderación de las propuestas, entre otras, la no aplicación del artículo 279 del Decreto 222 de 1983 que ordena la comparación de las ofertas bajo las condiciones existentes en el día del cierre de la licitación, la aplicación parcial de la modalidad de adjudicación en dólares o estableciendo un tope máximo de variación de las tasas de cambio que se había recomendado en el estudio, por lo cual el actor solicitó aclaración a la Vicepresidencia Financiera a fin de que pidieran de la Vicepresidencia Técnica las explicaciones pertinentes.

Por lo anterior se desencadenó una persecución laboral y personal contra el demandante, que fue puesta en conocimiento del Ministerio de Comunicaciones por este despacho, que en tal virtud solicitó al Presidente de Telecom los antecedentes de la aludida licitación.

El despojo de las funciones de Subjefe de la División de Investigaciones Financieras, su ubicación como Profesional III en la misma División, su traslado como Profesional III en el grupo de costos (Contabilidad Servicios Varios), Sección Contabilidad de Bienes, Central, División de Contabilidad en la misma Vicepresidencia Financiera pero en las instalaciones de la empresa ubicadas en Puente Aranda, en donde debía desempeñarse como Contador cuando su profesión es de Ingeniero Industrial, el traslado del cargo que ocupaba el actor a la Gerencia Zonal de Quibdó y su ubicación en él, evidencian, en su concepto, la persecución en su contra que desató la entidad con el ánimo de sancionarlo por las irregularidades denunciadas.

En la demanda se invocan como disposiciones violadas los artículos 2º, 15, 17, 20, 30 y 120 ordinal 21 de la Constitución Política; 74, 75, 80 y 81 del Decreto 1042 de 1978; 10, 11 y 12 del Decreto 1950 de 1973 y como fundamento de derecho los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

El libelista, luego de referirse a los principios consagrados en los artículos citados de la Constitución, enfila el desarrollo del concepto de violación de las otras normas hacia la demostración de la ilegalidad de la Resolución 001000-7950 de 1987, transgresora de los artículos aludidos de los Decretos 1042 y 1950, por cuanto los desconoció al trasladar de Bogotá a Quibdó la plaza de Profesional III, sin el cumplimiento de los trámites previstos al efecto en esa normatividad, toda vez que no se solicitó la respectiva autorización al Departamento Administrativo del Servicio Civil y se adujeron necesidades del servicio, cuando en realidad

lo que se pretendía era trasladar una plaza con nombre propio, con el objeto de perjudicar al funcionario que la ocupaba.

La parte actora impetró la suspensión provisional de la Resolución 001000-7950 que dispuso su traslado de Bogotá a la Gerencia Regional de Medellín -Gerencia Zonal de Quibdó-, petición que fue denegada por las razones expuestas en providencias obrantes a folios 377 a 381 y 401 a 405 del cuaderno principal.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en la vista reglamentaria, opina que debe denegarse la nulidad de la Resolución 001000-7950 de 1987, por cuanto la Presidencia de Telecom estaba facultada para distribuir y determinar la sede de los cargos previstos en la planta de personal de la entidad de acuerdo con las necesidades del servicio, a la luz del artículo 3º del Decreto 1506 de 1981 y esto fue lo que hizo en la citada resolución que, por lo demás no suprimió, modificó o fusionó empleo alguno; de modo que para su expedición no se requería autorización del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Sin embargo, la Agencia del Ministerio Público estima que debe declararse la nulidad de la Resolución 001000-7951 que trasladó al actor al cargo ubicado en Quibdó por la Resolución 001000-7950, por cuanto en el proceso se acreditó que no se produjo en aras de una buena administración sino por móviles distintos; además, porque se expidió sin tener en cuenta que el accionante llevaba menos de 12 meses de servicio en la misma dependencia u oficina, conforme lo disponía el artículo 35 de la Resolución 0007049 de 1979 y, finalmente, porque el Código del cargo ubicado en Quibdó por la Resolución 001000-7950 no es el mismo señalado en la 001000-7951 que contiene el traslado del señor Manrique García.

Agotado el trámite de la ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Según muestran los autos, el actor en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho impetró la nulidad de la Resolución 001000-7950 de 1987, de la Presidencia de la Empresa de Telecomunicaciones, por la cual se modificó la Resolución 6458 de 1986 que determinó la planta de personal de la Vicepresidencia Financiera de la entidad y dispuso trasladar de esa dependencia a la Gerencia Regional Medellín - Gerencia Zonal Quibdó (Chocó)- un cargo de Profesional (jefe) y, como

consecuencia de tal declaratoria, solicita se revoque la Resolución 001000-7951 de 1987 de la misma Presidencia, que ordenó el traslado del actor al cargo trasladado.

Primero que todo, cabe anotar que la resolución cuya nulidad se demanda es un acto administrativo de contenido general, impersonal, que por sí mismo no infiere perjuicio a ningún particular, de manera que su nulidad no acarrearía otro efecto que el de hacerlo desaparecer del ordenamiento jurídico, ya que el juez administrativo no podría hacer declaración consecuencial para precisar efectos reparadores de daños que no pudo haber causado o de derechos que tampoco vulneró, como se pide en el libelo. Por ello, en principio, no podía impugnarse en acción de restablecimiento del derecho, como se hace en el presente caso.

En segundo término, es claro que la resolución que dispuso el traslado a Quibdó del señor Manrique García no se demandó, al parecer porque se consideró como un acto jurídicamente dependiente de la Resolución 001000-7950, cuando en realidad son actos autónomos, con entidad jurídica propia y quizá por esa razón, con ostensible falta de técnica jurídica, se solicita su revocación, mecanismo a través del cual se logra desaparecer del ámbito jurídico los actos administrativos, pero en sede gubernamental, mas no en la jurisdiccional.

Por consiguiente, no es dable a la Sala decidir acerca de la legalidad de la Resolución 001000-7950 con el único propósito de derivar de su posible infirmación la de la Resolución 001000-7951 de contenido particular, porque estaría atribuyendo a la declaratoria de nulidad de un acto de carácter general y objetivo, consecuencias no previstas en el ordenamiento jurídico. Tampoco puede adoptar ninguna decisión acerca de esta última resolución, en virtud de que su nulidad no fue demandada, de modo que si la decretara se desbordaría el *petitum* del libelo, en donde no figura solicitud al respecto, lo que conduciría al quebranto del artículo 305 del C. de P. C., conforme al cual lo resuelto en la sentencia debe armonizar con las pretensiones del demandante.

De otra parte, como se dijo en la providencia que confirmó la negativa de suspensión provisional de la Resolución 001000-7950 de 1987, esta "jurisdicción no puede conocer de oficio sobre la validez de un acto que no ha sido enjuiciado ni tiene la función de restablecer el derecho a través de mecanismos de revocación de una Resolución" (fl. 405).

De acuerdo con lo anterior, se impone proferir fallo inhibitorio.

SECCION SEGUNDA

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:

Declárase la inhibición para proferir un pronunciamiento de mérito en el presente proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 25 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Requisitos / PRESENTACION PERSONAL / DEMANDA / RECHAZO - Improcedencia

El artículo 142 del C. C. A. permite que la demanda -e igual cosa reza para el poder- sea presentada para su autenticación ante el juez o notario de su residencia, cuando el signatario se halla en lugar distinto del de la sede del caso. Es de advertir que los artículos 65 y 84 del C. de P. C. no son aplicables para asuntos contencioso administrativos, puesto que el reenvío a esas normas sólo está autorizado por el artículo 267 del Decreto-ley 1 de 1984, "en los aspectos no contemplados en este Código". Sin embargo, no cree la Sala que por esa simple irregularidad procesal se impusiera, como lo creyó el tribunal, el rechazo* in limine *de la demanda. En otras palabras, ha debido aplicarse el artículo 143 del C. C. A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 8 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 7658.

Apelación interlocutorio.

Actora: Gloria Inés Guerrero de Santamaría.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante Gloria Inés Guerrero de Santamaría contra el auto de 24 de septiembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante el cual se rechazó la demanda al considerar que el poder otorgado por la demandante no fue presentado ante el funcionario competente.

Dice el Tribunal que en la presentación del poder no se dio cumplimiento al requisito previsto en los artículos 25 del Decreto 2304 de 1989; 65 del C. de P. C., y 3 y 5 del Decreto 2287 de 1989, ya que la firma de

la poderdante no fue autenticada ante el funcionario competente, puesto que el escrito de poder fue presentado ante el Notario Tercero del Círculo de Pasto, cuando ha debido ser presentado ante la Oficina Judicial de la Jurisdicción.

En la sustentación de la alzada empieza el apoderado de la demandante por mostrar su extrañeza por llegar el Tribunal a extremos de rigorismos que causan desmedro a la ejecución de la justicia, pues a la forma incluso en el caso contrario a los presupuestos legales mínimos, no puede supeditarse lo sustancial, como derecho fundamental quebrantado y desechar una demanda porque la presentación del poder ante notario no genera legalidad, lo que es menos que un absurdo, puesto que se acabaría con la fe pública de que está investida la autoridad notarial e, incluso, se desatenderían las mismas normatividades que en la providencia se citan para fundamentar el rechazo de la demanda.

Y que si bien es cierto, que el artículo 65 del C. de P. C. determina que el poder se presentará como la demanda, y ésta, de conformidad con el artículo 84 de la misma codificación, las firmas "...deberán autenticarse por quienes las suscriban, mediante comparecencia personal ante el Secretario de cualquier Despacho Judicial, o ante Notario de cualquier Círculo...". Y que la facultad otorgada a las oficinas judiciales en manera alguna suspende o elimina la atribución de las Secretarías de despachos y menos la de los notarios, lo que iría contra la ley y su espíritu.

SE CONSIDERA:

El Decreto 2287 del 7 de octubre de 1989, creó en cada una de las cabeceras de distrito, una oficina judicial, dependiente de la Oficina Seccional de Carrera Judicial, con el fin de proporcionar apoyo técnico-judicial y de sistemas a los despachos judiciales distintos de los penales. Entre las funciones que le asigna el Decreto se cuentan las señaladas en los numerales 3º y 5º del artículo 3º, que rezan:

> "3º. Realizar diariamente el reparto automatizado o manual de los procesos que ingresen a todos los juzgados y tribunales de cabecera del Distrito.
>
> "5º. Recibir las presentaciones personales de las demandas, poderes y denuncias correspondientes."

Del espíritu y alcance del decreto en comentario se desprende que, al conferirle a las oficinas judiciales las funciones antes destacadas, el

propósito no fue otro que el de proporcionar apoyo técnico y de sistemas a los despachos judiciales distintos de los penales. Pero ello no significa que se haya cambiado la inteligencia que merece *el artículo 142 del C. C. A.;* él sólo *permite que la demanda -e igual cosa reza para el poder- sea presentada para su autenticación ante juez o* notario *de su residencia, cuando el signatario se halla en lugar distinto del de la sede del caso. Es de advertir que los artículos 65 y 84 del C. de P. C. no son aplicables para asuntos contencioso administrativos, puesto que el reenvío a esas normas sólo está autorizado por el artículo 267 del Decreto-ley 1º de 1984, "en los aspectos no contemplados en este Código...".*

Sin embargo, no cree la Sala que por esa simple irregularidad procesal se impusiera, como lo creyó el tribunal, el rechazo in limine *de la demanda. En otras palabras, ha debido aplicarse el artículo 143 del C. C. A.* que reza:

> "No se admitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades en los artículos anteriores y su caducidad de la acción. No obstante lo anterior, si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, el ponente, por auto susceptible de reposición, expondrá los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija en el plazo de cinco (5) días; si no lo hiciere, se rechazará la demanda."

Por tanto, ha de revocarse el auto recurrido y en su lugar, ha de disponerse lo que queda dicho.

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

RESUELVE:

1º. Revocar el auto de 24 de septiembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño.

2º. En su lugar, inadmitir la demanda presentada por el doctor José H. Bolaños Muñoz; expóngasele el defecto formal observado para que lo corrija en el plazo de cinco (5) días.

3º. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 18 de febrero de 1993.

SECCION SEGUNDA

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ESCALAFON DOCENTE - Ascenso / ESCALAFON DOCENTE - Experiencia

El tiempo de servicio que la demandante pretende hacer valer, lo prestó en enseñanza primaria y éste no podía ser utilizado ni para ascender en el escalafón de enseñanza secundaria ni para ser asimilada en el escalafón estatuido en el Decreto 2277 de 1979, ya que únicamente puede computarse para ascenso en el nuevo escalafón, la experiencia que siendo útil para ascender en el antiguo régimen de escalafón o que pudiendo utilizarse válidamente para la asimilación al nuevo régimen no fue utilizada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 9 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente número 4747

Resoluciones Ministeriales.

Actora: Cecilia Calderón Salazar.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 4 de septiembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso promovido por Cecilia Calderón Salazar encaminado a obtener la nulidad de las Resoluciones 317 y 431 del 1º de octubre y del 26 de noviembre de 1985 de la Junta Seccional de Escalafón Docente de Caldas mediante las cuales se denegó la asimilación de la actora al Grado Octavo del Escalafón Nacional Docente, la apreciación de la experiencia docente no utilizada anteriormente, el reconocimiento de la escala salarial del quince por ciento prevista en el Decreto 624 de 1980, los aumentos salariales decretados para los años 1984 y 1985 y los que se decreten a partir de dichos años (fls. 16 y 17, 20, 22 y 23).

SECCION SEGUNDA

HECHOS:

En síntesis, la accionante relata que fue asimilada en el escalafón nacional docente como profesional especializada en Psicología en el Grado VI por la Resolución 04513 de 1980 y al Grado VII por la 0585 de 1983, a pesar de que conforme a lo previsto en la Resolución 4727 de 5 de julio de 1974 que establecía una especie de asimilación en la primera categoría de escalafón nacional de enseñanza secundaria para psicólogos, tenía derecho a ser asimilada en el Grado VIII, correspondiente en término del nuevo estatuto a la primera categoría de secundaria en el escalafón anterior; que su asimilación al grado primeramente mencionado implicó el desconocimiento de la experiencia docente no utilizada, la cual debe valerse no obstante lo dicho en contrario por el Consejo de Estado en el concepto de 25 de agosto de 1983, pues éste no es de obligatoria observancia.

Igualmente, sostiene la actora que mediante el Decreto 624 de 1980, del Gobierno Nacional, se aumentó en un 15% la asignación básica de los profesionales con título universitario de psicólogo y trabajador social, estatuto que no ha sido modificado o derogado. Sin embargo, la Junta de Escalafón suspendió el pago del aumento a partir del 1º de enero de 1984 "y sin consignación en el texto de la Providencia le ha anunciado a mi Poderdante el reintegro de una suma de dinero que se contrae al pago de dicho reajuste para los años 1981, 1982 y 1983 por la suma de 360.000.00 (trescientos sesenta mil pesos m/l) aproximadamente" (fls. 194 y 195), y que no obstante sus requerimientos para el pago de los aumentos de los salarios del 13.5 y 10% decretados para 1984 y 1985, la Junta Seccional de Escalafón de Caldas se ha negado a resolverlos pretextando falta de competencia para reconocer la pretensión porque quien la tiene es el Fondo Educativo Regional de Caldas, entidad pagadora que, a su vez, se abstiene de aplicar en nómina dichos aumentos porque la Junta Seccional no lo ordena.

LA SENTENCIA

El Tribunal, en el fallo impugnado, negó las pretensiones del demandante, argumentando respecto de su asimilación al Grado VIII que la Resolución 4727 de 1974 asimiló a los psicólogos, trabajadores sociales y terapistas a las categorías del anterior escalafón nacional de enseñanza secundaria pero únicamente para efectos de pago de sueldos, sin que ello significara que quedaran inscritos en dicho escalafón como se preveía en la misma resolución y, por tanto, no procedía asimilar a tales profesiona-

les en el escalafón consagrado en el Decreto 2277 de 1979 en los mismos términos en que lo fueron los docentes efectivamente inscritos en las categorías del escalafón docente de enseñanza secundaria, sobre todo si se tiene en cuenta que ni en el nuevo estatuto docente ni en las normas reglamentarias se estipularon condiciones de excepción para esos profesionales; de suerte que éstos quedaron sometidos al nuevo estatuto docente con prescindencia de las disposiciones que para efectos determinados se referían a ellas.

También dijo el *a quo*, que por haber obtenido el título de psicóloga el 21 de diciembre de 1979, estando ya en vigencia el Decreto 2277 de ese año, no era dable a la demandante invocar en su favor lo dispuesto en la Resolución 4727 de 1974.

Respecto de la experiencia docente no utilizada arguyó el fallador, que al accionante, con toda razón, le fue denegado el reconocimiento de ese tiempo de servicio mediante Resolución 317 de 1985 en la que se hizo una revisión a la Resolución 222 del 3 de octubre de 1983 mediante la cual ya se le había negado en forma expresa tal reconocimiento (fl. 40), acto que "fue debidamente notificado a su destinataria, (fl. 42 *ibidem*) sin que en el proceso, ni cuadernos de impugnación y pruebas, obre la interposición del recurso de reposición, en su parte resolutiva concedido, por lo que es forzoso entender que a la luz de la ley positiva quedaron debidamente ejecutoriados, decidida la súplica al respecto, definido el ruego *sub examine*, y firme esa manifestación de voluntad administrativa, sin que conducente sea jurisdiccionalmente en enjuiciamiento en esta oportunidad" (fl. 273).

En cuanto al aumento salarial del 15% previsto en el Decreto 640 de 1980, precisa el Tribunal que sólo procedía reconocerlo a los profesionales con título universitario de psicólogo y trabajador social que fueron asimilados a la primera y segunda categoría de enseñanza secundaria en virtud de la Resolución 4727 de 1974 para efecto de pago de sueldos; por tanto, no era del caso reconocerlo a la actora en virtud de que "es palmar y manifiesto, que en el caso *sub lite* la educadora no fue asimilada a las supradichas categorías en esa época, o por ministerio de la norma remitida" (fl. 272).

Finalmente el *a quo* en relación con la nivelación del sueldo teniendo en cuenta los reajustes del 13.5 y 10% decretados para 1984 y 1985, adujo que "al examinar la Corporación la causa *petendi*, como el concepto de vulneración que intenta sostenerla jurídicamente, halla que en los respec-

tivos capítulos en parte alguna de ellos se concreta un juicio de legalidad, una proposición de quebranto disposicional jerárquica, emitida en ese sentido negatorio, ni se ha pormenorizado el por qué a la actora se le conculcaron sus derechos subjetivos por el acto acusado, que es marco de enjuiciamiento exclusivo en el presente proceso" (fl. 276).

EL RECURSO

Contra la sentencia en comento la parte actora interpuso recurso de apelación (fls. 280 a 289), reiterando que le asiste el derecho de ser asimilada en el Grado VIII del escalafón consagrado en el Decreto 2277 de 1979, ya que si en aplicación de la Resolución 4727 de 1974 se le remuneraba como si tuviera el estatus de escalafonada en primera categoría de secundaria, tiene pleno derecho a que se le inscriba en dicho grado "toda vez que las condiciones o niveles que otorgan un Estatus (sic) están en proporción directa al estipendio económico, es decir, si por analogía se debe remunerar a un docente en la categoría primera, como en el caso *sub judice,* es porque reúne las calidades y condiciones para acceder a dicha categoría, de lo contrario se estaría frente a un reconocimiento indebido e injurídico al remunerar a una persona sin ostentar las calidades para dicho estipendio económico. El estatus de la primera categoría es lo que le reporta de pleno derecho la asimilación al grado octavo en la nueva estructura en el Escalafón Docente" (fls. 281 y 282).

Insiste la recurrente en sus planteamientos sobre la procedencia de que se aprecie la experiencia docente no utilizada para efecto de ascenso en el escalafón, para lo cual se apoya en jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia y aduce que la declaratoria de nulidad de la Resolución 6746 de 1981 del Ministerio de Educación Nacional conduce "a afirmar que ha desaparecido la limitación al nivel de experiencia docente y a la fecha en que se prestó el servicio laboral docente, toda vez que las normas anulada y suspendida imponían una cortapisa o limitación que en ningún momento se consignan en el artículo 73 del Decreto-ley 2277 tantas veces citado y concebido en términos amplio y general" (fl. 287).

Finalmente, la censora alega que dada su condición de psicóloga tiene derecho al reajuste del 15% previsto en el Decreto 624 de 1980 y que debe cancelársele al aumento salarial del 13.5 y 10% porque "este derecho denominado Nivelación Salarial, no es otro que el pago del típico aumento salarial que ordena el Congreso de la República anualmente para todos los funcionarios públicos. Derecho conculcado a mi poderdante de

dos maneras: la primera, por no aplicársele comúnmente, como se le aplica a todos los funcionarios públicos sobre el salario básico; la segunda, siendo como lo son las súplicas ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, rogada, el derecho se suplica como complemento o consecuencia a las anteriores pretensiones, es decir, otorgada alguna de las anteriores, su base se modifica por la aplicación de estos dos reajustes" (fl. 288).

LA VISTA FISCAL

La Fiscalía Cuarta de la Corporación es de opinión que el fallo amerita ser confirmado, por cuanto "tal como se asevera en la sentencia recurrida las pretensiones de la actora, con ser varias y aparentemente apoyadas en normas legales diferentes, bien analizadas resultan estar, todas, supuestamente respaldadas en el artículo 1º de la Resolución 4227 de 1974. Resolución ésta que en modo alguno consagra la equivalencia en el Escalafón que pretende la actora" (fl. 302).

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La litis se centra en establecer la legalidad de las Resoluciones 317 y 431 de 1985 de la Junta Seccional de Escalafón de Caldas, mediante las cuales se denegó a la actora tanto su solicitud de asimilación al Grado VIII del escalafón nacional docente, como la atinente al ascenso en el mencionado escalafón con fundamento en la experiencia docente no utilizada, de pago del reajuste del 15% establecido en el Decreto 624 de 1980 y de nivelación de los sueldos para los años de 1984 y 1985.

Al igual que el *a quo,* la Sala estima que mediante la Resolución 4727 del 5 de julio de 1974 (fls. 159-160), se produjo la asimilación de los psicólogos, trabajadores sociales y terapistas a la primera, segunda y tercera categorías del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria respectivamente, pero únicamente "para los fines de pago de sueldos y demás prestaciones sociales", y que de acuerdo con lo expresado en la misma resolución, los mencionados profesionales no pertenecían al escalafón docente.

Consta en autos que la accionante obtuvo el título de psicóloga el 21 de diciembre de 1979 (fls. 28 y 29), esto es, en vigencia del Decreto 2277 de 1979 consagratorio del escalafón nacional docente, conforme al cual

(art. 10), por ser profesional con título universitario diferente del de licenciado en ciencias de la educación, la actora tenía derecho a ser inscrita en el Grado VI de dicho escalafón, como efectivamente lo hizo la Junta Seccional de Escalafón del departamento de Caldas mediante la Resolución 4513 del 28 de agosto de 1980, la cual fue notificada por edicto (fl. 60), sin que contra ella se interpusiera recurso alguno.

De otra parte, la demandante no demostró que una vez se tituló como psicóloga, por esa razón y para efectos de pago de sueldo y prestaciones sociales, se le haya asimilado a la primera categoría del antiguo escalafón de enseñanza secundaria; de suerte que ni siquiera aceptando en gracia de la controversia, que la asimilación a las referidas categorías implicara la inscripción efectiva del psicólogo, trabajador social o terapista en el mencionado escalafón, habría sido procedente asimilarla al Grado VIII del actual, porque no acreditó en ningún momento los presupuestos fácticos que la hacían acreedora a esa prerrogativa.

Pero hay más motivos para desatender las pretensiones de la demandante. En efecto, habiendo sido asimilada al Grado VI del escalafón consagrado en el Decreto 2277 de 1979, decisión que acató, así como admitió sin reparos su ascenso al Grado VII efectuado por medio de la Resolución 0585 del 20 de abril de 1983 (pues no hay prueba de que las respectivas providencias hubieran sido impugnadas en sede administrativa o ante esta jurisdicción), fuerza concluir que lo dispuesto en ellas tiene plena vigencia y fuerza ejecutoria y no es susceptible de cuestionamiento jurisdiccional a través de las resoluciones demandadas, mediante las cuales la administración sólo ratificó aquellas determinaciones, toda vez que basta leerlas para constatar que una de las razones de su negativa fue precisamente el hecho de que las Resoluciones 4513 de 1980 y 585 de 1983 se encontraban en firme (fl. 22).

Tampoco es viable el reconocimiento a la señora Calderón Salazar del reajuste del 15% de su asignación conforme a lo estatuido en el Decreto 624 de 1980, por cuanto según su artículo 5º, sólo los profesionales con título de psicólogo y trabajador social que hubieran sido asimilados a la primera y segunda categorías de enseñanza secundaria en virtud de la Resolución 4727 de 1974, tenían derecho a ese reajuste, y la actora, como se dijo, no demostró tales presupuestos.

En lo atinente a la experiencia docente no utilizada que la recurrente insiste se le tenga en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón, la Sala considera acertados los razonamientos expuestos por la administración

para negar la petición de la actora, los cuales se hallan contenidos no sólo en los actos acusados, sino en la Resolución 222 del 3 de octubre de 1983 (fls. 40 y 41), denegatoria de una solicitud anterior que en igual sentido había formulado la accionante, actos administrativos que por no haber sido impugnados, conservan su fuerza jurídica.

Los fundamentos de tal negativa de la administración se ajustan a derecho y a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, pues el tiempo de servicio que la demandante pretende hacer valer, lo prestó en enseñanza primaria según se desprende de lo consignado a folio 49, y éste no podía ser utilizado ni para ascender en el escalafón de enseñanza secundaria ni para ser asimilada en el escalafón estatuido en el Decreto 2277 de 1979, ya que únicamente puede computarse para ascenso en el nuevo escalafón la experiencia que siendo útil para ascender en el antiguo régimen de escalafón o que pudiendo utilizarse válidamente para la asimilación al nuevo régimen (establecido en el Dec. 2277 de 1979), no fue utilizada.

Por último, cabe anotar que por la ausencia de especificación de las normas de los Decretos 456 de 1984 y 0134 de 1985, o de otras disposiciones superiores, que la libelista estima violadas por las resoluciones acusadas, no es posible examinar su legalidad en orden a establecer la procedencia de ordenar la nivelación de sueldos reclamada por aquélla.

De acuerdo con lo expuesto, la sentencia apelada debe confirmarse, puesto que los fundamentos de la negativa de las pretensiones de la demandante tienen un sólido fundamento jurídico.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del cuatro (4) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso promovido por Cecilia Calderón Salazar contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 18 de febrero de 1993.

SECCION SEGUNDA

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ABANDONO DEL CARGO / VACANCIA DEL CARGO - Procedencia / INCAPACIDAD LABORAL

Demostrado que el demandante luego de vencida su incapacidad no se presentó a cumplir sus labores oficiales en la oficina que le había sido asignada para ese fin, y que su ausencia no estaba justificada, resulta ajustada a derecho la determinación de la administración de declarar la vacancia del cargo que venía ocupando.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD / PLANTA DE PERSONAL - Régimen aplicable

Los funcionarios vinculados al Sistema Nacional de Salud están regulados por un régimen especial de administración de personal (art. 1º de los Decs. 694 de 1975 y 1468 de 1979). Así las cosas, las disposiciones de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 invocadas como infringidas en la demanda no son pertinentes al caso sub lite.

VACANCIA DEL CARGO / NOTIFICACION - Improcedencia / ABANDONO DEL CARGO / PROCESO DISCIPLINARIO - Improcedencia

El acto administrativo contentivo de la declaratoria de vacancia del cargo, no requiere notificación, pues no se trata de una decisión que ponga término a una actuación administrativa. Con la sola verificación de que se ha producido el hecho del abandono del empleo, la administración debe declarar la vacancia sin que para el efecto se requiera previo proceso disciplinario.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 9 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

SECCION SEGUNDA

Ref.: Expediente número 5448.

Resoluciones Ministeriales.

Actor: Oscar Enrique Castro Mayo.

Proveniente del Tribunal Administrativo del Chocó, en grado de consulta, ha venido a esta Corporación la sentencia de fecha 16 de octubre de 1990 proferida en el proceso promovido por Oscar Enrique Castro Mayo contra la Nación (Ministerio de Salud), en la que se accedió a las súplicas de la demanda.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el actor, por medio de apoderado, solicitó la declaración de nulidad de la Resolución 11188 del 18 de agosto de 1987, dictada por el señor Ministro de Salud, por la cual se declaró vacante el cargo de Jefe de Grupo Código VII de Quibdó de la Dirección de Campañas Directas y Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria, SEM, desempeñado por el demandante, por abandono del empleo, y se ordenó compulsar copia del citado acto administrativo a la justicia penal y a la Procuraduría General de la Nación. Así mismo, se pidió en el libelo la declaración de nulidad de las comunicaciones números 004857, 39837 o 3202 y 005835 de 1987, por las cuales no se dio trámite al recurso de reposición interpuesto por el actor contra la citada resolución.

Como restablecimiento del derecho, pidió el demandante su reintegro al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría, el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 6 de julio de 1987 hasta la fecha de su reintegro; que para todos los efectos legales se considere que no ha existido solución de continuidad en los servicios; que el pago de la sumas correspondientes a dichos salarios y prestaciones devengarán intereses comerciales a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta los 6 meses siguientes, y que de allí en adelante se harán acreedores al pago de intereses moratorios (fls. 1, 2 y 3).

El Tribunal del Conocimiento en la sentencia consultada, accedió a las pretensiones de la demanda por decisión mayoritaria, pues consideró que el acto administrativo contiene irregularidades atinentes a su notificación y además, en virtud de que en el caso *sub judice* no se produjo el abandono del cargo ya que existieron motivos justificados para la no asistencia del demandante a su oficina (fls. 269 a 287).

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado opina que la sentencia debe ser confirmada, pues en este asunto no obstante que el actor no se hizo presente en su oficina el día 6 de julio de 1987 hasta el 15 de agosto del mismo año, no se produjo la vacancia por abandono del empleo, ya que no reasumió sus funciones en las dependencias del SEM por causa justificada; que así las cosas, el cargo formulado contra la resolución demandada consistente en falsa motivación se encuentra probado, a la vez que se logró desvirtuar uno de los supuestos de la Resolución 11188, cual es, la veracidad del acta de informes del comisionado (fls. 297 a 308).

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Como es de conocimiento, los funcionarios vinculados al Sistema Nacional de Salud están regulados por un régimen especial de administración de personal (arts. 1º de los Decs. 694 de 1975 y 1468 de 1979).

Así lo señala la misma resolución impugnada (fls. 53 y 54) y en el oficio del 1º de octubre de 1987 dirigido al demandante por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud (fls. 68 y 69), en donde se dice que la figura del abandono del cargo está consagrada en los artículos 26, literal b) del Decreto 694 de 1975; 123 y 124 del Decreto 1468 de 1979.

En el capítulo del libelo denominado "Fundamentos de Derecho", la parte actora manifiesta:

> "Con la expedición del acto acusado se violaron los artículos 2º, 10, 16 y 30 de la Constitución Nacional, y los artículos 25 del Decreto 2400 de 1968; 105, 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973; lo mismo que los artículos 44, 45, 46, 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo" (fl. 13).

Así las cosas, las disposiciones de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 invocadas como infringidas en la demanda no son las pertinentes al caso *sub lite* y por ello su examen resulta improcedente.

De otra parte, la Sala precisa que el acto administrativo contentivo de la declaratoria de vacancia del cargo, no requiere notificación, pues no se trata de una decisión que ponga término a una actuación administrativa. Con la sola verificación de que se ha producido el hecho del abandono del empleo, la administración debe declarar la vacancia, sin que para el efecto se requiera de previo proceso disciplinario.

De otro lado, la Corporación ha sostenido que la falta de notificación de un acto o las irregularidades que en ella se pueda incurrir no generan la nulidad del acto administrativo.

Sobre el tópico, la Sala dijo en sentencia de 28 de abril de 1992, expediente número 3062, Actor Interconexión Eléctrica S. A., ISA, Magistrado Ponente: doctor Joaquín Barreto Ruiz:

> "En efecto, no existe norma legal que permita la anulación de un acto por no haber sido publicado o notificado. 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 de por 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 nulidad de la manifestación de la 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'."

En cuanto a la falsa motivación que según dice la parte actora en el libelo, consistió en el no reconocimiento de que en este asunto existió una justa causa para que el demandante no cumpliera sus labores en el sitio de trabajo (fl. 18), puesto que miembros del sindicato y funcionarios del SEM que prestaban sus servicios en el departamento del Chocó, le impedían el acceso a él como consecuencia de incidentes presentados entre éstos y el actor, encuentra la Sala que bien es cierto que mediante actas del 12 de febrero de 1987 refrendada por el abogado asesor de la Procuraduría Regional de Quibdó, señor Alberto Enrique González (fl. 41), y de la misma fecha suscrita, entre otros, por el Visitador del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (fls. 229 y 230) y de las declaraciones dadas por los señores Juvenal Chaverra Romaña (fl. 112); Orlando Copete Rivas (fl. 116); Juan José Palomeque P. (fl. 120); Nieves Ochoa de Chavera (fl. 122); Doris Becerra de Palomeque (fls. 124 y 125) y Petrona E. Vélez Gamboa (fls. 126 y 127), se acreditó que en el mes de febrero de 1987 se presentaron algunos incidentes entre el sindicato y el actor que impidieron a éste el ingreso a su oficina, no aparece prueba alguna de que esta situación continuara en el mes de julio siguiente, época en la cual según el acto acusado se produjo el abandono del cargo que dio lugar a la declaratoria de vacancia acusada.

Por el contrario, consta en el proceso que el actor fue incapacitado desde el 26 de marzo hasta el 5 de julio de 1987, según certificación expedida por la Caja Nacional de Previsión Social (fl. 72), y ya desde el 30 de junio de dicho año el demandante envió al Director Nacional del SEM un telegrama cuyo contenido es del siguiente tenor:

> "Infórmole que el día seis de julio vence incapacidad médico mi deseo es trabajar personal de la zona impide mi trabajo despacharé de mi casa mi salario de meses anteriores no han sido cancelados cordialmente. Oscar E. Castro Mayo" (fl. 167).

En julio 7 de 1987, el señor Director Nacional del SEM respondió al actor mediante telegrama, así:

> "Extrañado su marconi junio 30 debo recordarle su obligación cumplir funciones en las oficinas del SEM y no desde su casa como absurdamente sugiere punto sobre su salario favor comunicarse Sección Personal Jefatura quien le instruirá al respecto. Cordialmente.
>
> Armando Rivera Bonilla.
>
> Director Nacional SEM" (fl. 169).

Y por oficio número 003432 del 8 de julio de 1987 el referido funcionario reitera al actor lo sostenido en el anterior telegrama, así:

> "En relación a su marconi de fecha junio 30 de 1987 atentamente le recuerdo que debe usted prestar sus servicios en las oficinas del SEM que le han sido asignadas para tal fin en Quibdó y no desde su casa como absurdamente lo plantea, so pena de incurrir en abandono del cargo.
>
> Si alguien le impide ejercer sus funciones, debe poner en conocimiento de las autoridades competentes ese irregular hecho a fin de que procedan de conformidad.
>
> Respecto de sus salarios, hemos instruido al Jefe de Personal del SEM para que previo el estudio de su situación de incapacidad, le tramite y responda lo pertinente.
>
> Cordialmente,
>
> Armando Rivera Bonilla.
>
> Director Nacional SEM" (fl. 168).

El 10 de julio siguiente el director de Campañas Directas y SEM del Ministerio de Salud comisionó a un funcionario para que verificara si las razones aducidas por el accionante eran ciertas, el cual, luego de practicar una diligencia de verificación personal en la que el mismo accionante intervino, y oír varios testimonios, entre ellos los de tres celadores de las instalaciones del SEM, concluyó "creo que con esto quedó demostrado que el doctor Castro, sí podía entrar a la oficina".

La decisión del demandante, pues, tomada antes de que se venciera la incapacidad otorgada por Cajanal, de despachar desde su casa, sin que la administración le hubiera concedido autorización para el efecto, no resulta justificada.

De manera que demostrado, que el demandante luego de vencida su incapacidad no se presentó a cumplir sus labores oficiales en la oficina que le había sido asignada para ese fin, y que su ausencia no estaba justificada, resulta ajustada a derecho la determinación de la administración de declarar la vacancia del cargo que venía ocupando, y sin fundamento el cargo de falsa motivación que se endilga al acto acusado.

Los planteamientos anteriores llevan a la conclusión de que en el caso *sub examine* las súplicas del libelo no deben prosperar, razón por la cual la sentencia consultada dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó del 16 de octubre de 1990 será revocada, y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia del 16 de octubre de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, en el proceso incoado por el señor Oscar Enrique Castro Mayo.

En su lugar, se dispone:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada por la Sala en sesión celebrada el día diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

EXP.- 5448

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO MUNICIPAL/PRESTACIONES SOCIALES - Auxilio de Cesantías / ENTIDAD TERRITORIAL

El accionante por haber sido empleado del municipio de Armenia, tiene derecho al reconocimiento del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo preceptuado en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, que consagró ese derecho para los servidores del orden nacional, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2767 del mismo año que extendió la totalidad de las prestaciones señaladas en la norma mencionada y en el artículo 11 del Decreto 1600 de 1945 a los empleados y obreros de los entes territoriales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 9 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número 5556

Consulta

Actor: Luis Aldemar Rengifo Echeverry.

Se desata en grado de consulta, lo decidido en la sentencia del 18 de enero de 1991 por el Tribunal Administrativo de Nariño, en cuanto declaró no probada la excepción de caducidad propuesta por la entidad demandada, dispuso la nulidad del acto implícito en el silencio administrativo, condenó al municipio de Armenia a pagar a favor del accionante la cesantía definitiva que le corresponde por el tiempo que laboró a su servicio, con los intereses respectivos, y dispuso que el fallo deberá cumplirse dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Consideró el Tribunal que no procedía la declaratoria de caducidad de la acción, por cuanto las peticiones elevadas a la administración, lo

fueron con antelación a la vigencia del Decreto 2304 de octubre 7 de 1989 y por ello era aplicable el artículo 136 del Decreto 01 de 1984; de otra parte, precisó que el accionante prestó sus servicios al municipio de Armenia por un lapso de veinte (20) años, sin que éste haya procedido a reconocer y pagar la cesantía definitiva a que tiene derecho, y que no es de recibo la razón dada por la demandada, en el sentido de no haber procedido a ese reconocimiento, por falta de disponibilidad presupuestal, puesto que esta circunstancia no ampara a la administración de abstenerse de reconocer la prestación solicitada, por lo que procede la petición de reconocimiento de la cesantía definitiva (fls. 35-41 cdno. ppal.)

La Fiscalía Cuarta de la Corporación comparte la conclusión a que llegó el *a quo* de que no hay caducidad de la acción, toda vez que la petición inicial fue presentada durante la vigencia del Decreto 01 de 1984, que permitía que transcurrido el término para que se configurara el silencio administrativo, se podía recurrir esa decisión ficta, en cualquier tiempo, para agotar la vía gubernativa, como presupuesto para ocurrir en demanda ante la jurisdicción; de otra parte, expresó, que comprobado que el actor prestó sus servicios a la entidad demandada entre el 27 de enero de 1969 al 30 de marzo de 1989, no hay duda de que es acreedor al derecho consagrado en las normas citadas y se debe reconocer lo debido, sin mayor dilación (fls. 47-50 cdno. ppal.)

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Sala coincide con el Tribunal en que en el *sub examine* no ocurrió la caducidad de la acción, puesto que obra en el expediente que la petición formulada al representante legal del municipio se presentó el 13 de marzo de 1990; y la demanda en la que se pide la ocurrencia del silencio negativo con respecto a esa petición, se presentó el 17 de mayo de 1990 (fl. 10 vto. cdno. ppal.)

Es decir, con posterioridad al término de dos (2) meses, señalado por el artículo 1º del Decreto 2304 de 1989 para que se configurara el fenómeno del silencio administrativo negativo y, antes de los cuatro (4) meses siguientes a que se refiere el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Por consiguiente, procedía un pronunciamiento de mérito como lo consideró el Tribunal.

SECCION SEGUNDA

Pasando al aspecto central de la controversia, la Sala advierte:

El accionante, por haber sido empleado del municipio de Armenia, tiene derecho al reconocimiento del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo preceptuado en el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, que consagró ese derecho para los servidores del orden nacional, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2767 del mismo año, que extendió la totalidad de las prestaciones señaladas en la norma mencionada y en el artículo 11 del Decreto 1600 de 1945, a los empleados y obreros al servicio de los entes territoriales.

Con la certificación expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal y Tesorería Municipal de Armenia, se acreditó que el accionante laboró al servicio de ese municipio, entre el veintisiete (27) de enero de mil novecientos sesenta y nueve (1969) hasta el treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987); igualmente, se demostró el valor de las asignaciones mensuales y anuales percibidas por el demandante, así como el total de lo devengado durante ese lapso (fls. 8-9 cdno. 3).

En tal virtud, habrá de confirmarse la sentencia objeto de consulta. No obstante, la Sala revocará lo relativo a intereses de la cesantía, por cuanto no existe norma alguna que autorice su pago y respalde esa determinación.

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 dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991) pronunciada por el Tribunal Administrativo del Quindío en este proceso, salvo en cuanto ordena que el *pago que se hará con los intereses respectivos,* consignada en el numeral 3º del fallo, que se revoca.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala de sesión del día veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

EXP.- 5556

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Interpretación / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

A la luz de las disposiciones de la actual Constitución, artículo 228, no debe sacrificarse el fondo de un debate por la ausencia o deficiencia de un requisito que resulta formal cuando del contexto de la demanda es posible inferir el verdadero sentido de los planteamientos formulados por el libelista.

PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento

Habiéndose acreditado que el demandante laboró en el sector oficial por más de 20 años y que cumplió los 55 años de edad y que su retiro del último empleo que desempeñó se produjo el 19 de abril de 1984, surge como conclusión incuestionable que para el 22 de julio de 1988, fecha en que el actor presentó a la Gobernación Departamental la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, por haber adquirido el estatus de pensionado tenía derecho a percibir la aludida prestación, la cual debía ser asumida por la última entidad empleadora si el beneficiario al tiempo de adquirir el referido estatus no se hallaba afiliado a una entidad de previsión social.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 9 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número 5640.

Asuntos Departamentales.

Actor: Marco Tulio Hernández Mendoza.

Conoce la Sala en grado de consulta de la sentencia de 31 de enero de 1991 del Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual, tras decretar

la nulidad del acto ficto o presunto negativo de reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Marco Tulio Hernández Mendoza, de la Gobernación del departamento de Sucre, se declaró que aquél tiene derecho a que la entidad territorial mencionada le reconozca y pague la pensión mensual vitalicia de jubilación, por haber laborado más de veinte (20) años al servicio del Estado y haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Quinta de la Corporación en la vista reglamentaria estima que la sentencia consultada debe revocarse y, en su lugar, debe proferirse decisión inhibitoria por ineptitud sustantiva de la demanda, por no contener las exigencias previstas en el numeral 4 del artículo 137 del C. C. A.

Al efecto razona así:

> "... enseña la norma en comento que en toda demanda ante la jurisdicción administrativa, en la que se impugne un acto administrativo, como acontece en el *sub lite,* deberán indicare las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. Sin embargo, el libelista se limitó a señalar que basada su '... petición en el Título III, artículos 16, 20, 21 y 53 de la Constitución Política de Colombia. En el Decreto 3130 y 1050/68, Decreto 1848/69 reformados por la Ley 33/85. En la Ley 1ª/82 y sus reformas hechas por el Decreto 2304 de octubre 7/89 y demás normas concordantes y pertinentes, Código Departamental de Sucre' (fl. 4), con lo cual no se cumple lo requerido en la preceptiva jurídica que gobierna la materia."

Y agrega que los preceptos constitucionales invocados consagran principios generales, susceptibles de ser violados sólo a través de las normas legales que los desarrollan y al no demostrarse la transgresión de éstas, resulta lógico concluir que no se da el quebrantamiento de aquéllos; que "la invocación de los Decretos 3130 y 1050 de 1968; 1848 de 1969, del Código Departamental de Sucre y de las Leyes 33 de 1985, y 1ª de 1982, resulta defectuosa, en razón de que cuando se está frente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no basta la simple cita del ordenamiento a que pertenece la norma que se considera vulnerada, sino que debe individualizarse ésta con toda precisión", y finalmente que el artículo 60 del Decreto 1848 de 1969 no es aplicable al *sub lite,* porque hace relación a la pensión de invalidez.

SECCION SEGUNDA

No obstante lo anterior y en caso de que se considere que procede fallo de mérito, la colaboradora fiscal señala que es viable el reconocimiento al accionante de la pensión solicitada, por cuanto demostró el cumplimiento de los requisitos consagrados en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, régimen aplicable al caso controvertido, pues cumplió 55 años de edad el 16 de agosto de 1985 y con las certificaciones "obrantes a folios 11, 12, 15 a 18 y 19, se acredita un tiempo de servicio a entidades oficiales de 20 años, 4 meses y 4 días, hasta el día 19 de abril de 1984".

Surtido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Ciertamente el escrito incoativo de la acción presenta fallas de técnica jurídica en su elaboración, especialmente porque se invocan como violados estatutos legales, que si bien regulan el régimen de las prestaciones sociales para el sector público del orden nacional, como es el caso del Decreto 3135 de 1968 y el 1848 de 1969, también cita la Ley 33 de 1985, que sí es aplicable a nivel departamental, lo que permite a la Sala, en ejercicio de la facultad que el ordenamiento jurídico le confiere para interpretar la demanda, deducir que el accionante estima que se infringieron las normas que gobiernan lo concerniente a la pensión de jubilación, pues no otra cosa puede colegirse, del siguiente aparte del libelo:

> "Mi patrocinado nació el día 16 de agosto de 1930. Cumplió 55 años de edad el 16 de agosto de 1985, fecha en que alcanzó su estatus de pensionado, pues ya tenía cumplido el requisito de los 20 años de servicios (art. 60 del Dec. 1848 de 1969) en concordancia con el artículo 1º 1º *parágrafo 2º* de la Ley 33 de 1985" (sic).

Por lo demás, al mencionar en forma general el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, no puede estimarse que alude al inciso 1º del mismo, sino al segundo, pues en él se establecen los requisitos que deben cumplir quienes se hallaban retirados del servicio en el momento en que esa ley entró en vigencia para acceder a la pensión de jubilación, caso en el cual se encuentra el accionante, pues su desvinculación del último empleo que desempeñó, el de agente de Transporte de Tránsito de la Secretaría de Gobierno del Departamento de Sucre, ocurrió el 4 de abril de 1984 (fl. 19).

De otra parte, a la luz de las disposiciones de la actual Constitución, artículo 228, no debe sacrificarse el fondo de un debate por la ausencia o

deficiencia de un requisito que resulta formal cuando del contexto de la demanda es posible inferir el verdadero sentido de los planteamientos formulados por el libelista.

Por las anteriores razones no se acoge la petición del fallo inhibitorio formulada por la agencia fiscal y se estudiará la viabilidad de las súplicas de la demanda.

Dispone el inciso 2º del parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985:

"Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años 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."

Por su parte el literal b) del artículo 17, de la Ley 6ª de 1945, que en tal virtud le era aplicable, por haber sido extendido el beneficio a los empleados departamentales por el Decreto 2767 de 1945, reza:

"Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado, o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo."

Y el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 estableció:

"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios."

De conformidad con lo estipulado en las normas transcritas y habida consideración que en autos aparece acreditado que el demandante laboró en el sector oficial por más de 20 años (fls. 11, 12, 15 a 19); que el 16 de agosto de 1985 cumplió 55 años de edad y que su retiro del último empleo que desempeñó, se produjo el 19 de abril de 1984, surge como conclusión incuestionable que para el 22 de julio de 1988, fecha en que el actor presentó a la gobernación departamental la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación (fls. 8 y 9), por haber adquirido el

estatus de pensionado tenía derecho a percibir la aludida prestación, la cual debía ser asumida por la última entidad empleadora si el beneficiario al tiempo de adquirir el referido estatus no se hallaba afiliado a una entidad de previsión social.

En estas condiciones procede el despacho favorable de las súplicas de la demanda y por ello se confirmará el fallo consultado.

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 31 de enero de 1991, del Tribunal Administrativo de Sucre, proferida en el proceso promovido por Marco Tulio Hernández Mendoza contra el departamento de Sucre.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en Sesión celebrada el día veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Requisitos / INDIVIDUALIZACION DEL ACTO / DEMANDA - Ineptitud

Constituye el libelo demandatorio, el acto inicial del proceso contencioso, que define y enmarca el enjuiciamiento que en cada caso se hace a la actuación administrativa. Esta definición inicial debe ajustarse fielmente a los requisitos esenciales que para ella exige el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto el incumplimiento de ellos da lugar a que la jurisdicción contenciosa, que tiene el carácter de rogada, se vea obligada a inhibirse en su pronunciamiento. Y uno de sus aspectos fundamentales es "lo que se demanda", es decir, el punto objeto de la controversia que somete el particular al juzgamiento de la jurisdicción. Siendo el acto administrativo el centro o núcleo de la materia a examinar a través de las acciones definidas en los artículos 84 y 85 del Decreto-ley 01 de 1984, debe precisarse, en cada caso y con exactitud rigurosa, cuáles son esos actos cuya declaratoria de nulidad se pretende de la jurisdicción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 9 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 6026.

Asuntos Municipales

Actor: Alvaro Enrique Abello Lobo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora y por el señor Fiscal, contra la sentencia proferida el veintidós (22) de noviembre de 1990, por el Tribunal Administrativo del Atlántico y en la cual se negaron las súplicas de la demanda.

SECCION SEGUNDA

I. ANTECEDENTES

1.1 Según narra la demanda, el señor Alvaro Enrique Abello Lobo prestó sus servicios a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, por espacio de más de ocho años, cotizando al Instituto de Seguros Sociales, ente otros, para el riesgo de vejez. Pero al tratar de obtener de la mencionada entidad de seguridad social el reconocimiento de su pensión de vejez, ella le fue negada, por cuanto el patrono se encontraba en mora en sus pagos. Interpuestos por las Empresas Públicas Municipales los correspondientes recursos gubernativos, éstos fueron resueltos confirmando la decisión inicial que por encontrarse en firme, ha impedido al demandante disfrutar la totalidad de la pensión que por dicho riesgo, reconoce el Instituto de Seguro Social.

1.2 Desde el momento de su retiro -octubre 4 de 1983- las Empresas Públicas Municipales han reconocido al actor una pensión mensual de vejez, liquidada al 36% del promedio devengado en el último año. Por considerar ilegal e injusto el anterior porcentaje, el actor solicitó de las Empresas Públicas, el reconocimiento de una suma igual a la que le hubiere reconocido el ISS, por el mismo concepto.

1.3 Por Resolución 039-85 de 27 de mayo de 1985 (fl. 4), las Empresas Públicas Municipales negaron el reajuste solicitado, con base en lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, sobre pensiones de retiro por vejez. Interpuestos los recursos de reposición y apelación, el primero fue fallado por medio de la Resolución 060-85 (fl. 14), que confirmó la decisión inicial y en cuanto a la apelación, la decisión fue inhibitoria.

1.4 Al acudir a la jurisdicción, el cargo que se formula a la Resolución 039-85 de 1985, hace relación a que en ella se negó la petición del reajuste con base en una norma aplicable exclusivamente a empleados del orden nacional cuando el presente caso trata de un empleado del orden municipal. Se afirma que la resolución se limitó a reafirmar el valor de la "pensión ilegalmente liquidada", cuando se perdió el reconocimiento por parte del ISS, por la mora en que incurrió la entidad demandada en el pago de su aporte correspondiente.

1.5 Se pretende en la demanda que previa la declaratoria de nulidad de la Resolución 039-85, se ordene la reliquidación de la pensión mensual de vejez, hasta un 66% del último salario promedio, además del reconocimiento de los reajustes anuales de la ley y de bonificaciones, además de la indemnización monetaria diaria hasta que se satisfaga el pago.

1.6 La entidad demandada, al contestar la demanda por medio de apoderada, sostiene que las disposiciones del Decreto 3135 de 1968, son aplicables a empleados públicos y trabajadores oficiales de cualquier orden, por cuanto lo dispuesto para los trabajadores nacionales, se puede hacer extensivo a los departamentales o municipales, cuando no exista norma expresa o acuerdo convencional que establezca un régimen especial. En memorial adicional, propuso la excepción de inepta demanda.

II. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

2.1 Sobre la excepción de inepta demanda por ausencia de requisitos formales, propuesta por la apoderada de la entidad demandada y consistente en no haberse acompañado al libelo la prueba de la existencia y representación de la entidad demandada, la consideró improcedente, por tratarse de una persona de derecho público.

2.2 En relación con el cargo de violación que se formula, por basarse la decisión aquí acusada en la aplicación del Decreto 3135 de 1968, que es aplicable exclusivamente a empleados de carácter nacional, encontró el Tribunal que la citación de que dicho decreto se hace en la parte motiva, es simplemente explicativa de su mención en la Resolución 088 de 1984, acto por el cual la Gerencia de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, reconoció la pensión de vejez, acto éste que no es controvertido en el proceso. No podía así el Tribunal pronunciarse sobre los efectos de la aplicación extensiva del Decreto 3135 de 1968 en el momento en que se otorgó la pensión de vejez.

2.3 Tampoco encontró procedente la pretensión de que en el presente caso se reconozcan derechos consagrados en normas emanadas del ISS, las cuales sólo serán aplicables a sus afiliados, pero no son oponibles a las decisiones de las Empresas Públicas. Igualmente, la Ley 10 de 1972, invocada como fundamento para el reconocimiento de indemnización moratoria en los pagos, es aplicable exclusivamente a pensiones del sector privado. Por lo demás, la entidad demandada reconoció oportunamente la pensión de vejez, concretándose la inconformidad del demandante, a la negativa de la entidad de reconocer el reajuste a que cree tener derecho. Negó así las súplicas de la demanda, condenando adicionalmente en costas.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACION

3.1 Recurre en apelación el Fiscal del Tribunal Administrativo del Atlántico, sosteniendo que la resolución demandada sí se basó en un

decreto inaplicable a los empleados públicos municipales, no siendo una simple "cita explicativa" como erradamente lo interpretó el Tribunal. Y dicha fundamentación legal equivocada fue confirmada en la Resolución 060 del mismo año, por medio de la cual se mantuvo la resolución atacada. Concluye que el Decreto 3135 de 1968 sirvió de falsa motivación a la decisión que denegó reajustar la pensión de vejez al demandante, por lo cual debe ser anulada.

3.2 La apelación de la parte actora, se fundamenta en los argumentos expuestos por el señor Fiscal del Tribunal al interponer el mismo recurso, al igual que en el contenido del salvamento de voto que se hizo a la decisión de primera instancia. Afirma que la resolución acusada incurrió en todas las violaciones señaladas en la demanda, las cuales están suficientemente demostradas, lo cual hace procedente su anulación y el restablecimiento del derecho solicitado en aquéllas.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

4.1 En la vista fiscal que obra a folios 161 a 170 del expediente, la hoy Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, se pronuncia por una decisión inhibitoria. En la demanda se pidió la anulación solamente de la Resolución 039-85 de 1985, a pesar de que contra ella se interpusieron los recursos de reposición y apelación que fueron decididos por la entidad demandada. Es así como, conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado en situaciones similares, al no demandarse el acto confirmatorio de la primera decisión, debe concluirse que la demanda es inepta.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los planteamientos del Ministerio Público llevan a la Sala a que previo al pronunciamiento sobre el fondo de la acción, se analice la procedencia formal de la demanda.

Constituye el libelo demandatorio, el acto inicial del proceso contencioso, que define y enmarca el enjuiciamiento que en cada caso se hace a la actuación administrativa. Esta definición inicial debe ajustarse fielmente a los requisitos esenciales que para ella exige el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto el incumplimiento de ellos da lugar, a que la jurisdicción contenciosa, que tiene el carácter de rogada, se vea obligada a inhibirse en su pronunciamiento.

Y uno de sus aspectos fundamentales es "lo que se demanda", es decir, el punto objeto de la controversia que somete el particular al

juzgamiento de la jurisdicción. Siendo el acto administrativo el centro o núcleo de la materia a examinar a través de las acciones definidas en los artículos 84 y 85 del Decreto-ley 01 de 1984, debe precisarse, en cada caso y con exactitud rigurosa, cuáles son esos actos cuya declaratoria de nulidad se pretende de la jurisdicción.

El tema de la "individualización del acto, con toda precisión", ha tenido un variado desarrollo jurisprudencial, principalmente en los actos de contenido complejo, en donde se configura todo un conjunto de pronunciamientos administrativos. Asumió así la Corporación diferentes posiciones interpretativas, debido al vacío legislativo sobre el punto, bastando recordar sentencias como la de fecha de 10 de septiembre de 1982, Consejero Ponente: doctor Samuel Buitrago y la de Sala Plena de fecha diciembre 12 de 1988, con ponencia del doctor Jorge Penen Deltieure.

La anterior situación fue aclarada legislativamente con la expedición del Decreto 2304 de 1989, cuando en el inciso tercero de su artículo 24, modificativo del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, estableció:

> "Si el acto definitivo fue objeto de recurso en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión."

En el *sub lite,* el demandante pretende la nulidad únicamente de la Resolución 039-85 de mayo 27 de 1985, por la cual las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla se negaron a efectuar una reliquidación de la pensión de vejez que ya había sido liquidada al actor, pero no pidió, como era su obligación, la nulidad igualmente de las Resoluciones 060-85 y 73-85, por medio de las cuales la administración conoció y se inhibió, con relación a los recursos de reposición y apelación, respectivamente, interpuestos por el particular contra la decisión inicialmente mencionada. Se presentó así una formulación incompleta de la demanda, dando lugar a una ineptitud de la misma.

Adicionalmente, al analizar en todo su conjunto la problemática aquí debatida, es evidente que ni la resolución acusada ni aquellas que no la modificaron no son un acto unitario que haya sido pronunciado por el querer frontal de la autoridad que lo emitió, pues previamente se había efectuado el reconocimiento de la pensión de vejez, por medio de la

Resolución 088 de diciembre 4 de 1984, en la cual se liquidó el pago con base en un 36% sobre el último salario promedio mensual. Se constituye así esta primera decisión, en la verdadera manifestación de la voluntad de la administración, sobre el reconocimiento de la prestación debatida.

Así lo expone el mismo Fiscal del Tribunal, cuando en su memorial de apelación afirma que la concesión de la pensión de vejez "no fue nunca demandada" y más adelante agrega "tal concesión permanece válida". Y si esta decisión inicial de la administración, en la que se liquidó la pensión con el porcentaje cuyo reajuste se solicitó posteriormente, permanece válida por no haber sido demandada, ¿cuál podría ser el restablecimiento del derecho a reconocer por parte de la jurisdicción?

De modo pues, que sin necesidad de entrar en un extenso análisis sobre las consecuencias prácticas de la imprecisión en que se incurrió en la demanda, se aparta la Sala de la decisión del Tribunal de primera instancia, que después de estudiar los aspectos de fondo, negó las súplicas de la demanda y se ve precisada a una decisión inhibitoria, al encontrar acertada la observación que sobre la procedencia de la litis, efectuó el Ministerio Público.

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia de 22 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el proceso de la referencia.

2. Declárase inhibido para un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión de la demanda formulada por el señor Alvaro Enrique Abello Lobo, contra la Resolución 039-85 de 27 de mayo de 1985, de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 25 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos; Secretaria.

EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA - Naturaleza Jurídica / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL DISTRITO / TRABAJADOR OFICIAL / JURISDICCION ORDINARIA / COMPETENCIA FUNCIONAL

Los acuerdos demandados son claros en catalogar como "trabajadores oficiales a los de las empresas distritales tales como la Empresa de Teléfonos", y el segundo define con toda claridad que ésta es, "para efectos laborales", una empresa comercial o industrial de la Administración Descentralizada del Distrito. Dilucidada la naturaleza jurídica de la demandada para efectos laborales, como también que la del vínculo del demandante es la de un típico contrato de trabajo con el organismo distrital resulta elemental concluir que no es la jurisdicción contencioso-administrativa la idónea para desatar esta controversia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., marzo 9 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente número 6537.

Apelación Interlocutorios.

Actor: Jorge Enrique Rojas O.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", el día primero (1º) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), mediante el cual rechazó de plano la demanda instaurada por Jorge Rojas Ochica contra actos de la Empresa de Teléfonos de Bogotá por falta de jurisdicción (fls. 14 a 16).

El *a quo* sostuvo que de conformidad con los artículos 131 y 132 del C. C. A., los Tribunales Administrativos conocen de los procesos de

restablecimiento del derecho de carácter laboral "que no provengan de un contrato de trabajo", y que revisada la hoja de vida del actor, se encuentra demostrado que éste se encontraba vinculado mediante contrato de trabajo suscrito el 25 de octubre de 1984 con la empresa.

Dijo también el Tribunal, que:

"Por lo anteriormente expuesto y en aplicación de las normas referidas anteriormente, se concluye que este Tribunal carece de facultad jurisdiccional para conocer del presente asunto, por cuanto ésta se encuentra, por mandato legal, atribuida al conocimiento de jueces de diferente jurisdicción."

El apelante manifiesta no estar conforme con dicha decisión, porque se ignoró la existencia de las Leyes 3ª y 11 de 1986, así como de los Decretos 467, 1222 y 1333 del mismo año, en donde se establece "con absoluta nitidez", la naturaleza jurídica del vínculo laboral de quienes sirven en los entes territoriales distintos de la Nación; y aduce que la lectura de las disposiciones hubiera sido suficiente para establecer en este caso que "la relación jurídica que lo ató a la Empresa de Teléfonos de Bogotá era de carácter contractual, que no legal y reglamentaria como parece, a todas luces, ser la conclusión del proveído que se impugna" (sic), (fl. 17). Y a renglón seguido expresa que la entidad es un "establecimiento público Distrital conforme con el Acuerdo Distrital número 072 de 1967".

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

En frente de las dudas existentes sobre la naturaleza jurídica de la relación que vinculó al actor con la entonces denominada Empresa de Teléfonos de Bogotá, la Sala ordenó por auto del 3 de junio de 1992, solicitar a la misma y al Concejo Distrital el envío de los estatutos que se refieren a la situación laboral de sus empleados, a lo cual se dio cumplimiento suministrando copia autenticada de las siguientes piezas:

1. Copia de la Resolución 267 del 16 de junio de 1988.
2. Copia de la Resolución 270 del 28 de julio de 1988.
3. Copia de la Resolución 03 del 6 de julio de 1977.
4. Copia del Acuerdo número 1 de 1992.
5. Copia del Acuerdo número 75 de 1967.

6. Copia del Acuerdo número 6 de 1987.

7. Copia del Acuerdo número 7 de 1987.

8. Copia del Acuerdo número 8 de 1987, y

9. Copia del Acuerdo número 21 de 1987.

Entre estos documentos, es necesario destacar lo que prevén los artículos 1º del Acuerdo número 6 y 2o. del Acuerdo número 21 de 1987, que rezan:

> "Las entidades del sector central y descentralizado del Distrito Especial de Bogotá continuarán celebrando Convenciones Colectivas, que tienen carácter contractual de obligatorio cumplimiento con sus trabajadores, quienes conservan el carácter de trabajadores oficiales.
>
> "Parágrafo. Lo dispuesto en este Acuerdo se incluirá en los Estatutos de las respectivas Entidades y Empresas Distritales" (art. 1º, Acuerdo 6 de 1987).
>
> "Para efectos laborales, son Empresas Comerciales o Industriales de la Administración Descentralizadas del Distrito las siguientes: ...
>
> Empresa de Teléfonos de Bogotá...", (art. 2º, Acuerdo 21 de 1987).

Así mismo, debe recordarse que el artículo 192 de la Constitución Política de 1886, modificado por el 85 del Acto Legislativo número 1 de 1945, estipuló que:

> "Las ordenanzas de las Asambleas y *los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo"* (se destaca).

Esto es, que aunque el texto de los acuerdos mencionados no fuera claro -que sí lo es-, de conformidad con el tenor del canon en comento, resulta obligatorio, en especial para quienes queden comprendidos dentro de sus límites.

Como ya se precisó, el primero de dichos acuerdos es absolutamente claro en catalogar como "trabajadores oficiales" a los de las empresas distritales tales como la Empresa de Teléfonos; y el segundo define con toda claridad que ésta es, "para efectos laborales", una empresa comercial o industrial de la Administración Descentralizada del Distrito.

Por consiguiente, mientras se encuentren vigentes los acuerdos antes mencionados (Nos. 6 y 21 de 1987), es incuestionable que los organismos distritales enumerados en sus textos, deben considerarse "para efectos laborales", empresas industriales y comerciales del Distrito.

Ahora bien, si es menester tenerlas en esa condición y con esa naturaleza, de allí se sigue, como es elemental, que sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales, como entre otras cosas, lo prevé el primero de esos estatutos, y se dijo atrás.

La Sala se ha extendido en estas consideraciones, no obstante que el texto del memorial de apelación (fl. 17) parece sostener argumentos semejantes a los aquí expuestos; sin embargo, es claro que se trata de un "lapsus" en que incurrió el actor, habida cuenta de que en el contexto general del libelo lo que en realidad trata de reafirmar es que la Empresa de Teléfonos sigue siendo, para toda clase de efectos, un establecimiento público.

Por otra parte, es oportuno recordar que el artículo 2º del C. P. L. dispone que la jurisdicción del trabajo está instituida para "decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo".

En consecuencia, dilucidada la naturaleza jurídica de la demandada para efectos laborales, como también que la del vínculo del demandante es la de un típico contrato de trabajo con el organismo distrital resulta elemental concluir que no es la jurisdicción contencioso-administrativa la idónea para desatar esta controversia.

O sea, que la Sala deberá confirmar lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto se ajusta a las previsiones de los acuerdos en comento.

La Sala ya se había pronunciado sobre este tópico, por mayoría, en otros asuntos similares, entre los que se puede citar el expediente número 6480 (Actor: Rafael Sandoval Pérez), en el que con ponencia del Consejero doctor Alvaro Lecompte Luna, se llegó a conclusión similar.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

1. Confírmase el auto apelado, dictado el 1º de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A".

2. En firme esta providencia, devuélvase el expediente a dicho Tribunal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la Sala del día ...

Diego Younes Moreno, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz,* Salvó el voto; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* Salva voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora;* Conjuez, *Gaspar Caballero Sierra.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SERVIDOR PUBLICO - Régimen Jurídico / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (Salvamento de voto)

Los artículos 1º y 2º del Acuerdo 21 de 1987 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 servicios públicos es función que la Constitución Política atribuyó al legislador (art. 76-10 de la C. de 1886 y 150-23 de la C. 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.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES DOLLY PEDRAZA DE ARENAS Y JOAQUIN BARRETO RUIZ

Ref.: Expediente número 6537.

Apelación interlocutorios.

Actor: Jorge Enrique Rojas Ochica.

Santafé de Bogotá, D.C., marzo 12 de 1993.

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 estos 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:

> "Artículo 1º. 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 conserven el carácter de trabajadores oficiales.
>
> "Artículo 2º. 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 C. de 1886 y 150 -23- de la C. 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 número 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 un establecimiento público, lo cual es contrario al artículo 76-10 de la Constitución de 1886 y 150-23 de la de 1991.

En nuestro sentir por tanto, mientras no se pruebe que el cargo de "asignador" que desempeñó el señor Rafael Sandoval Pérez, 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, Joaquín Barreto Ruiz.

ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia

Ante esta jurisdicción deben cuestionarse los actos definitivos, que como lo informa el artículo 50 del C. C. A., son los que ponen fin a una actuación administrativa, porque deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y en la demanda que dio lugar a esta litis, el acto es inexistente, o sea, que su existencia no está avalada por otra razón distinta que la de la afirmación hecha por el actor, en el sentido de que la presunta manifestación de la voluntad del ente oficial, es "posiblemente verbal".

DEMANDA - Ineptitud / INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES / DECLARACION DE CONDENA - Cumplimiento / JURISDICCION ORDINARIA / COMPETENCIA FUNCIONAL

Según las disposiciones vigentes la declaración de nulidad de los actos administrativos le corresponde a esta jurisdicción especial, por regla general, cuando se pide una declaración de condena para hacer efectivo el pago de una prestación ya reconocida, esta última configura un resultado atribuido por la ley a la jurisdicción ordinaria laboral, por lo que la demanda planteada en esos términos resulta afectada de una indebida acumulación de pretensiones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 9 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente número 7093.

Apelación Interlocutorios.

Actor: Luis Juvenal Plazas A.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra el auto del 24 de enero de 1992, proferido por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de lo actuado en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda y dispuso el archivo del mismo.

El Tribunal consideró que se daba la causal de falta de jurisdicción contemplada en el artículo 140, numeral 1º, del C. de P. C., en razón de que, después de admitida la demanda, la Fiscalía de la Corporación propuso la excepción de "incompetencia de jurisdicción", en virtud de que en su concepto lo que se pretende es ejecutar una obligación de carácter laboral, lo cual constituye una controversia propia de la jurisdicción ordinaria; por participar de ese enfoque, aquél declaró oficiosamente la nulidad de la actuación surtida, con apoyo en los artículos 140-1 y 145 del C. de P. C., aplicables al proceso contencioso administrativo.

El recurrente afirma en el escrito de sustentación correspondiente, que el Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución 11090 de 25 de octubre de 1988 por la cual reconoció "la prestación económica de vejez" al actor y que, no obstante que el acto fue legalmente notificado y está ejecutoriado, no le dio cumplimiento por cuanto "verbalmente" (sic) y sin explicación alguna dispuso el no pago, situación que involucra a varias personas.

Con fundamento en las resoluciones que reconocieron esa prestación se adelantaron ante la justicia ordinaria laboral los respectivos procesos ejecutivos y aunque los juzgados del conocimiento ordenaron el pago, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, al desatar el recurso de alzada interpuesto por la entidad, revocó esos proveídos, con la consecuencia de que "existe un acto administrativo válido, ejecutivo y ejecutorio que no se ha cumplido porque el ISS, verbal y arbitrariamente, se ha negado a hacer los pagos" (fl. 98).

Aduce luego que habiéndose agotado los recursos legales, y por existir el acto que reconoció la prestación y una decisión verbal del ISS que ha impedido el pago, "es obvio que la vía jurídica a seguir, para salvar los obstáculos que impiden el pago del derecho reconocido, es obtener la declaración de nulidad de esa decisión verbal" (fl. 98).

Por último, sostiene que:

> "Y sabido es que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, escrito o verbal, debe adelantarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Del contenido de la demanda, esto es, del *petitum*, los hechos y las pruebas fácilmente se deduce que lo que se pretende es

remover el obstáculo que ha impedido el pago de la prestación y el cual no es otro diferente a la decisión verbal pronunciada en ese sentido por el ISS" (fl. 98).

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

La Sala encuentra que la decisión del Tribunal se ajusta a derecho, porque al instaurar su acción ante el *a quo,* el actor formuló varias pretensiones; que se declarara el silencio de la administración respecto del recurso de reposición interpuesto el 24 de noviembre de 1989 contra una decisión "posiblemente verbal" en virtud de la cual el Instituto de Seguros Sociales se abstuvo de pagar las mesadas de la pensión de vejez reconocida por Resolución 11090 del 25 de octubre de 1988, como también la nulidad del acto "verbal"; y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la entidad al pago de varias sumas de dinero, relacionadas en el *libelo* (fls. 10 y 11).

De otro lado, es necesario precisar que aunque según las disposiciones vigentes la declaración de nulidad de los actos administrativos le corresponde a esta jurisdicción especial, por regla general, cuando se pide una declaración de condena para hacer efectivo el pago de una prestación ya reconocida, esta última configura un resultado atribuido por la ley a la jurisdicción ordinaria laboral, por lo que la demanda planteada en esos términos resulta afectada de una indebida acumulación de pretensiones, al tenor de lo preceptuado en el artículo 82 del C. de P. C.

Es sabido, además, que en el proceso civil esta clase de *libelos* no debe ser admitida por el juez, que enfrente de este supuesto debe señalar el defecto para que el demandante lo subsane en el término de cinco (5) días; en caso contrario, se rechazará, según las voces del artículo 85, *ibidem*; empero, si por alguna circunstancia la admite, es lógico que el demandado puede proponer la excepción previa correspondiente (art. 97-7, ob. cit.).

En lo contencioso administrativo no existe regla expresa semejante, pero debe aplicarse analógicamente, como se desprende de lo sostenido por la Sala en una situación semejante, a saber:

"Es corriente, en circunstancias similares, que el afectado intente al mismo tiempo la acción contenciosa para quebrar el acto administrativo y la laboral ordinaria para obtener las prestaciones laborales a que tiene derecho, pero ello debe hacerse ante dos jurisdicciones diferentes, y por lo tanto acumular en una misma demanda las dos pretensiones, es indebido.

"De manera que, si bien esta jurisdicción está investida para conocer de la primera pretensión formulada en la demanda, de acuerdo con el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, no lo está para conocer de la segunda, razón por la cual hay indebida acumulación de pretensiones, de acuerdo con el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil y lo previsto por el numeral 1º del artículo 52 del Decreto 2651 de 1991.

"En consecuencia estima la Sala que, por razones diferentes a las expuestas por el Tribunal, debe confirmarse la providencia apelada" (Auto de 5 de junio de 1992; Actor: Luis Alberto Vanegas Jiménez; Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas).

En el evento de autos, la demanda fue admitida por el Tribunal mediante auto del 18 de mayo de 1990 (fl. 14); sin embargo, la Fiscalía planteó la excepción pertinente, argumentado que "lo que se pretende en el fondo es que el Tribunal obligue al Instituto de Seguros Sociales a *cumplir*, a *ejecutar*, una providencia suya, ya ejecutoriada", pues se trata de un juicio ejecutivo que debe "entablarse" ante la jurisdicción laboral ordinaria (fl. 15).

Pero ocurre que en el asunto en estudio ni siquiera se presentó esta situación, habida cuenta de que ante esta jurisdicción deben cuestionarse los actos definitivos, que como lo informa el artículo 50 del C. C. A., son los que ponen fin a una actuación administrativa, porque deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y en la demanda que dio lugar a esta *litis* el acto es inexistente, o sea, que su existencia no está avalada por otra razón distinta que la de la afirmación hecha por el actor -muy forzada por cierto-, en el sentido de que la presunta manifestación de la voluntad del ente oficial, es "posiblemente verbal".

Así las cosas, es ostensible que al no existir de manera irrefutable ningún acto definitivo que se le pueda imputar a la administración, las únicas pretensiones que son claras y precisas en la demanda son las que se dirigen a lograr la condena y la efectividad en el pago de las sumas que el actor afirma le debe el ISS, lo cual es materia propia y exclusiva de la jurisdicción ordinaria laboral. De donde se refuerza el aserto de que lo contencioso administrativo carece de jurisdicción respecto de la litis planteada.

Ahora bien, como el artículo 165 del C. C. A. consagra que son causales de nulidad en los juicios que se ventilan ante lo contencioso

administrativo, las mismas establecidas en el C. de P. C., y éste reza en su artículo 140-1 que el proceso es nulo cuando corresponde a distinta jurisdicción, y el 145, a su turno, prevé que en estos eventos "el Juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observa", y no existe duda sobre el hecho de que esta nulidad no permite saneamiento, es incuestionable que el Tribunal se ajustó a derecho al proceder en tal sentido.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto proferido el veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", en el juicio promovido por Luis Juvenal Plazas Agudelo contra el Instituto de Seguros Sociales, mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y se ordenó el archivo del expediente.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la Sala del día dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD - Improcedencia

El memorial por medio del cual el interesado interpone el recurso de reposición contra la resolución demandada, anunciando que se da por notificado de ésta. De texto de dicho escrito se aprecia que lo que se interpuso no fue un recurso de revocatoria directa, como lo interpretó el* a quo, *sino de reposición y así lo entendió la Administración al decidirlo por medio de Resolución en la que informó al recurrente que con este acto quedaba agotada la vía gubernativa.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 9 de 1993.

Ref.: Expediente número 7532.

Apelación Interlocutorio.

Actor: Esteban Castillo Ochoa.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto del 3 de julio de 1992, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

Adujo el Tribunal que la Resolución 1289 de 31 de mayo de 1991 acusada, quedó ejecutoriada el 9 de julio de 1991, por no haberse interpuesto contra ella el recurso de reposición que procedía, luego de haber sido notificada por edicto desfijado el 2 de julio del mismo año.

Agrega que el accionante podía hasta el 9 de noviembre ejercitar la acción y que como lo hizo con fecha posterior operó el fenómeno de la caducidad.

Con relación a la Resolución 032 de 14 de enero de 1992, también acusada, argumentó el *a quo* que tal pronunciamiento por haber resuelto

un recurso de revocatoria directa, no revive términos para acudir ante la jurisdicción, por así ordenarlo el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo. Concluyó el Tribunal que la acción jurisdiccional incoada fue extemporánea y por ello rechazó la demanda por caducidad de la acción.

El apelante alega que la Resolución 1289 fue notificada por edicto, omitiendo enviar la citación por correo certificado para efectos de la notificación personal como lo ordena el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y que lo que se interpuso contra ella fue el recurso de reposición, no el de revocatoria directa, agregando que con la omisión de la notificación personal se incurrió en violación del artículo 29 de la Constitución Nacional.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Observa la Sala que a folio 30 del expediente aparece citación enviada al señor Esteban Castillo Ochoa para que compareciera a notificarse personalmente de la Resolución 1289 de 31 de mayo de 1991, pero no obra constancia de su envío por correo certificado, como lo ordena el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, lo que significaría que en el supuesto de haberse efectuado la citación sin sujeción a la citada norma, no tendría validez la notificación por edicto.

Por otra parte, a folio 12 se encuentra el numeral por medio del cual el interesado interpuso recurso de reposición contra la Resolución 1289, anunciando que se da por notificado de ésta. Del texto del escrito se aprecia que lo que se interpuso no fue un recurso de revocatoria directa, como lo interpretó el *a quo,* sino de reposición y así lo entendió la Administración al decidirlo por medio de la Resolución 032 de 14 de enero de 1992, en la que informó al recurrente que con este acto quedaba agotada la vía gubernativa. Esta última resolución fue notificada por edicto desfijado el 12 de febrero de 1992, por lo cual la demanda presentada el 20 de mayo del mismo año sería oportuna.

Por lo expuesto, la Sala,

RESUELVE:

1º. *Revocar* el auto de 3 de julio de 1992, proferido dentro del presente proceso por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2º. *Admítese* la demanda presentada por Esteban Castillo Ochoa, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

Para ello se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo;

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

c) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos previstos en el numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo;

d) Solicítense los antecedentes administrativos del acto acusado.

El Tribunal dará cumplimiento a lo ordenado en los literales a), b), c), y d).

3º. El Tribunal proveerá sobre la suspensión provisional alegada en el escrito de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el Expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sala en sesión del veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Pedro Charria Angulo, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA POR CUANTIA / AUXILIO DE ALIMENTACION - Factor Salarial

El artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, invocado por el libelista, señala como factores de salario, además de la asignación básica, varias primas y auxilios, como el de alimentación, pero ha de entenderse que una cosa es el salario que se integra con tales factores y otra "la asignación mensual correspondiente al cargo" y para determinar la cuantía, en casos como el presente, se tiene en cuenta únicamente esta última, prescindiendo de aquellos otros factores o elementos salariales que devenga el empleado. De manera que, dado que la asignación no excede la suma de $120.000.00, se estima que la negación del recurso de apelación estuvo ajustada a derecho.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 9 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente número 7662.

Recurso de queja.

Actor: Carlos Daniel Aranzález Barros.

Se decide el recurso de queja interpuesto por el apoderado del actor contra el auto de septiembre 4 de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena por medio del cual se negó el recurso de apelación contra la sentencia del 31 de julio de 1992 de esa Corporación.

Sostiene el *A quo* que conforme a los artículos 131 y 132 del C. C. A., numeral 6º, penúltimos incisos, los Tribunales conocen en única instancia de los procesos de desvinculación de empleados oficiales cuando la asignación mensual del demandante no exceda de $80.000.00 y en caso contrario, en primera instancia y tal valor fue reajustado a partir del 1º de

enero de 1990 y 1992 quedando en $112.000.00 y $158.000.00 en virtud de lo previsto en el artículo 265 *ibidem*, artículo 4º, del Decreto 597 de 1988 y en el presente caso, la demanda se presentó el 21 de septiembre de 1990 y se determinó que el sueldo del actor fue de $110.000.00, por lo que el proceso es de única instancia.

Por su parte el recurrente sostiene al formular la queja que la razón de la negativa se funda en el hecho de que para determinar "la asignación mensual del demandante, a efectos de fijar la cuantía del proceso, se tiene en cuenta la asignación básica sin agregar otros factores salariales" (fl. 36), y tal consideración hace referencia a la circunstancia de no ser factores de incremento "las primas de actividad", "la prima de alimentación" y "otras del mismo orden" y lo cierto es que en el presente caso, de conformidad con la Resolución 08273 del 20 de septiembre de 1990, "el salario base fue de $110.000.00, pero éste se aumenta por los factores que expresamente señala la norma del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 y así, como allí se certifica, para la época, mi mandante tenía un salario base de $167.736.50, aspecto éste que por sí sólo le atribuye competencia en primera instancia" (fl. 36).

SE CONSIDERA:

En primer lugar, cabe señalar que para la fecha de presentación de la demanda, el 21 de septiembre de 1990, la cuantía para efectos de la competencia, había sido modificada en virtud de lo previsto en el artículo 4º del Decreto 597 de 1988 que ordena un reajuste del 40% cada dos años a partir del 1º de enero de 1990 y, en consecuencia, en el caso de los procesos que controviertan actos que impliquen el retiro del servicio (art. 131, num. 6º, lit. -b- del C. C. A.), al reajustarse los valores absolutos, conocían los Tribunales Administrativos, en única instancia, "cuando la asignación mensual correspondiente al cargo" no excediera de $120.000.00 ya que según la norma los resultados de estos reajustes se aproximarían a la decena de miles inmediatamente superior".

Ahora bien, según manifiesta el propio libelista, pese a que habla de "salario base", la asignación mensual fue de $110.000.00.

En efecto, obran al expediente documentos que acreditan tal aspecto, como la Resolución 08273 del 20 de septiembre de 1990 (fls. 23-24), de la Contraloría General de la República, por la cual se liquida la cesantía del actor y allí se indica la "Asignación básica mensual" en la suma de $110.000.00 y en el certificado de folio 27, para el año de 1990 se lee

"sueldo mensual del 1º de enero al 30 de mayo $110.000.00" de manera que, en esas condiciones conoció el Tribunal en única instancia, ya que no pueden sumarse para los efectos deseados por el recurrente, la prima o auxilio de alimentación ni los otros factores de salario de que dan cuenta tales documentos.

Es de puntualizar que el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 invocado por el libelista, señala como factores de salario, además de la asignación básica, varias primas y auxilios, como el de alimentación, pero ha de enterarse que una cosa es el salario que se integra con tales factores y otra "la asignación mensual correspondiente al cargo" y para determinar la cuantía, en casos como el presente, se tiene en cuenta únicamente esta última, prescindiendo de aquellos otros factores o elementos salariales que devenga el empleado.

De manera que, dado la asignación no excede la suma de $120.000.00, se estima que la negación del recurso de apelación estuvo ajustada a derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda,

RESUELVE:

Estímase bien denegado el recurso de apelación en referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 25 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Ineptitud / SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Inexistencia

El artículo 1º del Decreto 2304 de 1989 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual recobró vigencia el original artículo 40 del Decreto 01 de 1984, según el cual el término que tiene la Administración para resolver una petición es de tres meses contados a partir de la fecha de su presentación, es decir, que antes de que transcurran tres meses desde el momento en que es elevada la petición no puede tenerse por ocurrido el silencio administrativo con efectos negativos.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO / ACTO PRESUNTO / RECURSO DE APELACION - Improcedencia / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento

Según lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 135 del C. C. A., "El silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa". Por ello tiene razón el impugnante al afirmar que no era necesario para la viabilidad de la acción interponer los recursos gubernativos contra el acto presunto negativo resultante del silencio de la Administración. También tendría razón al decir que no era procedente el recurso de apelación, único obligatorio para acceder ante la jurisdicción, si era el Gobernador quien tenía competencia para resolver la petición pues ciertamente ante la carencia de superior jerárquico no habría lugar a recurso de alzada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 9 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número 7724.

SECCION SEGUNDA

Apelación Interlocutorio.

Actores: Adolfo Ríos García y otros.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto de 22 de octubre de 1992, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Chocó inadmitió la demanda por no haber sido agotada la vía gubernativa, toda vez que no fueron interpuestos recursos de Ley contra el acto presunto negativo.

Aduce el apelante que la demanda fue presentada dentro del término de cuatro meses que establece la ley, partiendo de la fecha de presentación de la petición de reconocimiento y pago del subsidio familiar (julio 3/92), sin que hasta la presentación de la demanda se hubiera dado respuesta, configurándose silencio administrativo negativo y quedando de esta manera agotada la vía gubernativa.

Estima el accionante que el Tribunal no ha interpretado a cabalidad los alcances del artículo 40 del Código Contencioso Administrativo y demás normas concordantes, ya que por una parte no había lugar a interponer recursos pues era el Gobernador del Departamento el competente para resolver la petición y por otra, conforme al inciso 2º del artículo 135 el silencio negativo en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa.

Agrega que la legislación anterior no consagra el silencio administrativo para las peticiones iniciales, pues sólo era para los recursos, circunstancia que fue corregida por la nueva ley en el artículo 40 citado, en concordancia con los artículos 60 y 135 *ibidem,* de cuya lectura se deduce que no es necesario interponer los recursos de reposición y apelación contra un acto presunto porque con la sola petición inicial se agota la vía gubernativa.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Según lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, "El silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa". Por ello tiene razón el impugnante al afirmar que no era necesario para la viabilidad de la acción interponer los recursos gubernativos contra el acto ficto negativo resultante del silencio de la Administración. También tendría razón al decir que no era procedente el recurso de apelación, único obligatorio para acceder ante la jurisdicción, si era el Gobernador quien tenía competencia

para resolver la petición pues ciertamente ante la carencia de superior jerárquico no habría lugar a recurso de alzada.

Sin embargo, cabe observar que el artículo 1º del Decreto 2304 de 1989 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia número 80 de 20 de junio de 1990, razón por la cual recobró vigencia el original artículo 40 del Decreto 01 de 1984, según el cual el término que tiene la Administración para resolver una petición es de tres meses contados a partir de la fecha de su presentación, es decir, que antes de que transcurran tres meses desde el momento en que es elevada la petición no puede tenerse por ocurrido el silencio administrativo con efectos negativos.

En el caso *sub judice,* presentada la petición el 3 de julio de 1992 y formulada la demanda el 24 de septiembre del mismo año, debe concluirse que el libelo se presentó cuando aún no había ocurrido el silencio administrativo y que por consiguiente no procede admitir la demanda por inepta.

Adicionalmente la Sala observa que el poder no fue presentado por los demandantes conforme a lo dispuesto por el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 142 del Código Contencioso Administrativo.

En razón de lo anteriormente expuesto, la Sala habrá de confirmar el auto apelado, aunque por razones diferentes.

En mérito de lo expuesto, la Sala,

RESUELVE:

Confírmase el auto de 22 de octubre de 1992, proferido dentro del presente proceso por el Tribunal Administrativo del Chocó.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el Expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del 18 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia / ACTO PRESUNTO / SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

El artículo 86 del C. C. A., definitorio de la acción de reparación directa y cumplimiento tiene una destinación especial para "cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos", pero no cuando sea viable impugnar un acto administrativo presunto negativo, que nace cuando vencido el término de tres meses, la administración guarda silencio sobre un derecho reclamado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 12 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Joaquín Barreto Ruiz.*

Ref.: Expediente número 5365.

Autoridades Departamentales.

Actor: Juan Francisco Daza Van-Strahlen.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante Juan Francisco Daza Van-Strahlen contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba, proferida el 22 de agosto de 1990, mediante la cual dicha Corporación se declara inhibida para fallar de fondo la demanda en la cual, por medio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del C. C. A., se impetró el pago de los siguientes derechos: la suma de $7.032.025.41 por concepto de cesantía definitiva, además de $456.628 a título de quinquenio y el reconocimiento de un interés del 2% mensual sobre el monto de la cesantía reclamada.

SINTESIS FACTICA:

Narra el actor dentro de los hechos de su libelo, que como profesor al servicio de la demandada solicitó de ésta la cancelación de sus

prestaciones mediante escrito de junio 6 de 1989, sin haber obtenido satisfacción a sus pretensiones; empero, que el jefe de personal elaboró el cuadro de la cesantía definitiva, sin que el rector materializara el correspondiente acto administrativo para el efecto. Vinieron luego otras reclamaciones, ante lo cual la Universidad guardó silencio administrativo, concluye la parte fáctica (fls. 2 a 5).

NORMAS INVOCADAS:

En orden a la prosperidad de sus pretensiones, el actor invocó el artículo 16 de la Constitución Política, amén de los artículos 86, 136, 137, 139, 141, 173, 178 y 217 del C. C. A.; igualmente, ha invocado el artículo 89 del Decreto 1848 de 1969 y los artículos 11 y 15 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, todo ello como soporte jurídico de la acción precitada.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal de Primera Instancia, manifiesta que en opinión del Ministerio Público las pretensiones de la demanda no pueden prosperar, porque dejaron de probarse hechos fundamentales; que el artículo 416 del C. S. el T. limita las funciones de las agremiaciones sindicales en el sector oficial, con incidencia en el caso *sub examine,* y que el actor ejerció la acción de reparación directa, la cual no se podía ejercer en este asunto, al no darse ninguna de las circunstancias señaladas en el artículo 86 del C. C. A., y que estando, como se está, frente al presupuesto de la acción consagrada en el artículo 85 de este mismo Código, la vía procesal utilizada fue equivocada, lo que es suficiente para concluir que por la ineptitud sustantiva de la demanda, la Corporación no puede hacer pronunciamiento de fondo.

LA VISTA FISCAL:

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado al emitir su concepto expresa que comparte las apreciaciones del *a quo,* en el sentido de considerar que la acción que ha debido incoarse era la de nulidad y restablecimiento del derecho, previo el agotamiento de la vía gubernativa, y no la de reparación directa, pues la causa de las pretensiones del actor se deriva no de un hecho ni de una operación administrativa, sino de un acto presunto surgido como consecuencia del silencio administrativo negativo guardado por la administración frente a la petición del demandante. Por la falta de agotamiento de la vía gubernativa y ante la ineptitud

sustantiva de la demanda, se impone un pronunciamiento inhibitorio, y el fallo recurrido amerita ser confirmado, señala la Fiscalía.

Llegado el momento de resolver el recurso interpuesto, a ello se procede, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. Observa la Sala a folio 1 del expediente, que el actor instaura "acción de reparación directa y cumplimiento" contra la Universidad de Córdoba, para que se la declare deudora de $7.032.025.41 por concepto de cesantía definitiva, al igual que "del cuarto quinquenio a que tiene derecho convencionalmente", y se la condene a pagar tales sumas más intereses del 2% mensual, con la correspondiente indexación.

2. Es entonces protuberante la falla de que adolece la demanda, pues el demandante al equivocar la acción como bien lo anota el *a quo*, torna improcedente cualquier decisión de fondo en este asunto.

3. Es indudable que el artículo 86 del C. C. A., definitorio de la acción de reparación directa y cumplimiento, tiene una destinación especial para "cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos", pero no cuando sea viable impugnar un acto administrativo ficto negativo, que nace cuando vencido el término de tres meses, la administración guarda silencio sobre un derecho reclamado, como aquí ocurrió.

4. De otro lado advierte la Sala que las normas atinentes a las acciones judiciales hacen parte del derecho sustancial, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala Plena Contenciosa (ver sents. de 7 de marzo de 1988, exp. R-108, tomo copiador 1º de Reconstrucciones p. 274 y de 13 de junio de 1990, exp. A-042, Actor: Roberto Echeverry Grisales).

Luego la Sala y por las razones expuestas, confirmará el fallo inhibitorio apelado.

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 18 de julio de 1990, en el proceso promovido por Juan Francisco Daza Van-Strahlen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el 25 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Interpretación / DERECHO SUSTANCIAL -Prevalencia

Uno de los deberes del Juez, es la debida interpretación de la demanda, en forma tal que prevalezca el derecho sustancial sobre el meramente formal y es por ello que, si de su simple lectura puede extraerse el cumplimiento de requisitos, debe el juzgador reconocerlos y entrar a cumplir con su función de administrar justicia, (art. 228 C. N.). En el presente caso, si bien en la demanda no se estableció un capítulo especial sobre "Las partes", de la formulación misma, de las pretensiones y los hechos, éstas surgen en forma tal, que no hay duda alguna sobre el ente obligado al restablecimiento del derecho. En relación con la cuantía, ésta se fijó razonablemente como lo exige la ley, cumpliendo con su finalidad, cual es la determinación de la competencia y las instancias. Las objeciones relacionadas con la dirección del ente demandado y la obligación de "condenarlo" previamente, son por demás irrelevantes y sólo demuestran un desconocimiento de los procedimientos a seguir en las diferentes acciones que se intenten contra las actuaciones administrativas.

CONCEJO MUNICIPAL / SECRETARIO GENERAL - Período / REMOCION - Improcedencia

Como acertadamente sostuvo el Tribunal en la sentencia consultada, la norma aplicable es el artículo 18 de la Ley 53 de 1990, que al adicionar el artículo 76 del Decreto 1333 de 1986, estableció para el secretario del consejo un período igual al de los concejales, es decir, dos años y que su revocación o suspensión deberá acomodarse a lo dispuesto en el artículo 103 del Decreto 1333. Y esta última norma informa, que los tesoreros, personeros, auditores y por la remisión anterior, los secretarios generales de los concejos municipales "sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del venci-

miento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación". En el presente caso no se encuentran probadas ninguna de las anteriores circunstancias, a fin de justificar la determinación de la corporación de remover a la funcionaria de período. Por el contrario, del contenido mismo del acto acusado se extracta que hubo suficiente advertencia sobre la irregularidad de la determinación que se estaba tomando, planteándose incluso la responsabilidad de que trata el artículo 102 del Decreto 1333 de 1986. El hecho mismo de no obrar en el acta constancia alguna sobre la causa de la determinación de remover a la actora antes del vencimiento de los dos años para los cuales había sido nombrada y la ausencia de argumentos de la defensa sobre la legalidad del acto, son indicios determinantes de la procedencia del derecho cuyo reconocimiento, acertadamente, declaró el Tribunal en su decisión.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D. C., 17 de marzo de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 7203.

Asuntos municipales.

Actora: Rosario Muñoz David.

En grado de consulta de la sentencia calendada a 27 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, conoce la Sala de este asunto, referente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por Rosario Muñoz David, contra le Municipio de Pasto (Nariño).

I. LA DEMANDA

Se solicita en el libelo demandatorio se declare la nulidad del acta número 44 de la sesión de 1º de noviembre de 1992, por medio de la cual el Concejo Municipal de Pasto, "destituyó" a la doctora Rosario Muñoz David del cargo de Secretaria General, nombrando en su reemplazo al doctor Nelson Rojas.

Se pretende el reintegro de la actora al cargo que venía desempeñando o a otro de superior o igual categoría, además del reconocimiento de los sueldos y prestaciones dejados de devengar, así como el pago del equivalente en moneda nacional de mil gramos oro, por los perjuicios

morales causados con el acto ilegal. Deberá declararse además, que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.

II. LOS HECHOS Y LAS OMISIONES

La doctora Muñoz Cadavid, fue elegida como Secretaria General del Concejo de Pasto, en sesión del 1º de agosto de 1990, para un período comprendido entre el 1º de noviembre de 1990 y el 31 de julio de 1992. En sesión ordinaria de 1º de noviembre de 1991 y de manera sorpresiva, se presenta el cambio de la Secretaria General, quien es reemplazada por el señor Nelson Rojas Rosas. Varios ediles dejaron constancia escrita de la irregularidad de la actuación, que no sólo desconoció el período del nombramiento, sino de las calidades y eficiencia en el desempeño del cargo.

III. LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACION

Como normas violadas por los actos impugnados se reseñan en la demanda, el artículo 18 de la Ley 53 de 1990 y el 103 del Código de Régimen Político y Municipal y los artículos 6º y 29 de la Constitución de 1886.

Por tratarse el cargo para el cual fue nombrada la accionante de período, el cual comprendía el 31 de julio de 1992, la decisión de reemplazarla antes de esa fecha, sin formulación previa de cargos ni debate probatorio, da lugar a un acto arbitrario e injusto, que debe ser anulado.

Se causaron, igualmente, perjuicios de carácter moral, por el sufrimiento causado a la actora, al saberse destituida injustamente, a pesar de su eficiente labor. Se solicitó, igualmente, la suspensión provisional del acto acusado.

IV. ACTUACION PROCESAL

Por auto de 23 de enero de 1992, (fl. 48) el Tribunal Administrativo de Nariño denegó la solicitud de suspensión provisional, al considerar que en la forma en que se planteó la demanda, su estudio implicaba el análisis de fondo de las normas citadas como violadas, así como pronunciarse sobre conceptos como arbitrariedad e injusticia, con los cuales se acusa a la determinación administrativa.

El doctor Nelson Rojas Rosas, como tercero interesado en las resultas del juicio, por ser la persona que reemplazó a la accionante, se opone a las pretensiones de la demanda.

Fundamentalmente propone excepciones por inepta demanda, con base en tres postulados:

1. No haberse mencionado el demandado o demandados y sus representantes.

2. Indebida fijación y liquidación de la cuantía, y

3. No haber citado la dirección del representante legal del ente demandado.

En la oportunidad procesal, el señor apoderado del municipio de Pasto, presentó su alegato de conclusión, con argumentos similares a los expuestos por el tercero interesado e insistiendo en que los perjuicios morales no se encuentran debidamente acreditados.

V. LA SENTENCIA RECURRIDA

Se pronuncia inicialmente el Tribunal en su sentencia, sobre las excepciones propuestas tanto por el representante judicial de la entidad, como **SECCION SEGUNDA**por el tercero interesado y concluye que carecen de asidero jurídico. Los requisitos formales de la demanda echados de menos por los impugnantes, se encuentran satisfactoriamente cumplidos en el libelo y en cuanto al señalamiento de la dirección exacta del despacho del Alcalde Municipal de Pasto, no lo estima como un requisito necesario, máxime cuando dicho funcionario fue debidamente notificado y concurrió oportunamente al proceso.

En cuanto al aspecto de fondo, después de efectuar un recuento de las normas que se han producido en relación con los Secretarios Generales de los Concejos Municipales , encuentra que la norma aplicable es el artículo 18 de la Ley 53 de 1990, que dispone que el Secretario tendrá el mismo período de los Concejales y que su revocación o suspensión sólo se hará en concordancia con los parámetros del artículo 103 del Decreto 1333 de 1986.

Al cobijar a la Secretaria General el mismo período de los concejales y al ser ésta elegida para un período que se inició el 1º de agosto de 1990 que vencía el 31 de julio de 1992, su desvinculación, antes del vencimiento del mismo, sin que se hubiera cumplido previamente con el procedimiento legal, da lugar a la nulidad del contenido del acta número 44 de

1991 del Concejero Municipal Muñoz David y el nombramiento en su reemplazo del doctor Nelson Rojas Rosas.

Ordenó el Tribunal de Nariño el reintegro de la demandante, en el caso de quedar en firme el fallo antes del vencimiento del período y condenó al municipio de Pasto al pago de todos los salarios y prestaciones dejados de recibir, hasta el reintegro efectivo o la finalización del período que cobija el nombramiento. Dispuso, igualmente, que la administración municipal podía repetir contra los concejales que motivaron el acto administrativo anulado y se negó a reconocer los perjuicios morales, por no estar suficientemente acreditado.

A folios 132 a 134 del expediente, obra el pronunciamiento del Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, en el que solicita la confirmación de la sentencia subida en consulta.

Como no se observan causales que invaliden la actuación, procede la Sala a desatar el grado de consulta, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Para la Sala la sentencia objeto de consulta merece confirmarse, por compartir las formulaciones que llevaron al Tribunal de Nariño a anular el acto acusado y declarar el restablecimiento del derecho conculcado.

Los argumentos en que se basaron tanto el tercero interesado en el proceso como la entidad territorial demandada, en manera alguna se encaminaron a defender la legalidad del acto en sí, ni a justificar su pronunciamiento, sino que todos hacen relación a posibles irregularidades cometidas en la formulación del libelo, las cuales serán analizadas, antes de un pronunciamiento de fondo.

Afirman los opositores en memoriales visibles a folios 59 y siguientes y 105 y siguientes, que en el libelo demandatorio no se designó, en debida forma a las partes y sus representantes, lo que da lugar a una ineptitud de la demanda. Que hubo una indebida liquidación de la cuantía, pues ésta se fijó liquidando el salario mensual, por el número de meses que faltaban del período y no por los transcurridos hasta la presentación de la demanda y que tampoco se informó la dirección del ente demandado. Que no se puede condenar al municipio de Pasto al pago de suma alguna de dinero ni al reconocimiento de intereses, por no haberse solicitado en la demanda.

Uno de los deberes del juez, es la debida interpretación de la demanda, en forma tal que prevalezca el derecho sustancial sobre el meramente formal y es por ello que, si de su simple lectura puede extraerse el cumplimiento de requisitos, debe el juzgador reconocerlos y entrar a cumplir con su función de administrar justicia (art. 228 de la C. N.). En el presente caso, si bien en la demanda no se estableció un capítulo especial sobre "Las partes", de la formulación misma, de las pretensiones y los hechos, éstas surgen en forma tal, que no hay duda alguna sobre el ente obligado al restablecimiento del derecho. En relación con la cuantía, ésta se fijó razonablemente como lo exige la ley, cumpliendo con su finalidad, cual es la determinación de la competencia y las instancias. Las objeciones relacionadas con la dirección del ente demandado y la obligación de "condenarlo" previamente, son por demás irrelevantes y sólo demuestran un desconocimiento de los procedimientos a seguir en las diferentes acciones que se intenten contra las actuaciones administrativas.

En cuanto al aspecto de fondo, se encuentra suficientemente probado el hecho de que por acta número 01 de 1º de noviembre de 1990, el Concejo Municipal de Pasto eligió, por trece votos a favor y seis en blanco, a la doctora Rosario Muñoz David como Secretaria General de la Corporación.

Como acertadamente sostuvo el Tribunal en la sentencia consultada, la norma aplicable es el artículo 18 de la Ley 53 de 1990, que al adicionar el artículo 76 del Decreto 1333 de 1986, estableció para el secretario del concejo un período igual al de los concejales, es decir, dos años y que su revocación o suspensión deberá acomodarse a lo dispuesto en el artículo 103 del Decreto 1333. Y esta última norma informa, que los tesoreros, personeros, auditores y por la remisión anterior, los secretarios generales de los concejos municipales "sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación".

En el presente caso no se encuentran probadas ninguna de las anteriores circunstancias, a fin de justificar la determinación de la corporación de remover a la funcionaria de período. Por el contrario, del contenido mismo del acto acusado se *extracta* que hubo suficiente advertencia sobre la *irregularidad* de la determinación que se estaba tomando, planteándose incluso la responsabilidad de que trata el artículo 102 del Decreto 1333 de 1986. El hecho mismo de no obrar en el acta

constancia alguna sobre la causa de la determinación de remover a la actora antes del vencimiento de los dos años para los cuales había sido nombrada y la ausencia de argumentos de la defensa sobre la legalidad del acto, son indicios determinantes de la procedencia del derecho cuyo reconocimiento, acertadamente, declaró el Tribunal en su decisión.

Al compartir igualmente la Sala, las declaraciones y condenas efectuadas por el Tribunal en su decisión, incluida la negativa de reconocimiento de perjuicios morales y el derecho de la administración municipal de repetir contra los concejales que propiciaron el acto ilegal, considera procedente confirmar la sentencia consultada.

En virtud de lo expuesto, el Concejo 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 27 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por la doctora Rosario Muñoz Cadavid, contra el acta número 44 de 1º de noviembre de 1991 del Concejo Municipal de Pasto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 25 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR / JUNTA DIRECTIVA - Facultades / DELEGACION DE FUNCIONES / DIRECTOR GENERAL - Funciones / INSUBSISTENCIA - Improcedencia / DIRECTOR REGIONAL

Conforme al artículo 32 de la Ley 7ª de 1979 corresponde a la Junta Directiva del ICBF el nombramiento y remoción de los Directores Regionales, y revisando cuidadosamente el Decreto aprobatorio del Acuerdo contentivo de los estatutos, no se encuentra disposición alguna que autorice a la Junta Directiva para delegar en el Director General la aludida función. Por el contrario se encuentran disposiciones que reafirman esa competencia como exclusiva de la Junta Directiva, como lo son el literal l) del artículo 19 y el literal f) del artículo 27, norma ésta que le asigna al Director la función de nombrar y remover libremente, con sujeción a las normas legales que rige la materia, los funcionarios cuyo nombramiento le corresponda por disposición expresa, o que no corresponda a la Junta Directiva.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 18 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Joaquín Barreto Ruiz.*

Ref.: Expediente número 5095.

Autoridades Nacionales.

Actor: Campos Alberto Puentes Núñez.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor Campos Alberto Puentes Núñez contra la sentencia de 3 de abril de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio de la cual se denegaron sus pretensiones de nulidad de la Resolución 001603 de 21

de junio de 1987 de la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, de "inexistencia y/o nulidad de la delegación" otorgada por la Junta Directiva para declararlo insubsistente y de reintegro al servicio y pago de los haberes dejados de percibir.

En los hechos de la demanda (fls. 243 a 261), se relata que el actor desempeñó el cargo de Director Regional Grado 14 de la Regional Boyacá del ICBF desde el 12 de noviembre de 1986 hasta el 21 de julio de 1987, fecha en que mediante la resolución citada fue declarado insubsistente su nombramiento; que por haber declarado en el lapso mencionado la insubsistencia de cinco funcionarios de esa Regional que eran miembros del Sindicato de empleados del ICBF, la Junta Directiva de esa agremiación sindical, el 28 de enero de 1987 presentó quejas en su contra por presuntas irregularidades administrativas ante la Procuraduría General de la Nación, la Dirección General y la Secretaría General del Instituto; ante ello y por la inverosimilitud de los hechos en que se fundamentaba la acusación, el mismo actor solicitó al nominador que iniciara la correspondiente investigación administrativa, la cual, una vez adelantada, pero sin que existiera el correspondiente pronunciamiento, fue remitida a la Procuraduría Regional de Tunja, despacho que para el 21 de julio de ese año, fecha en que se produjo su remoción, no había fallado de mérito.

Señala, igualmente, la demanda que la remoción de uno de aquellos funcionarios, la de Sonia Mayorga Niño, disgustó al Director y a la Secretaria General del Instituto, a tal punto que el primero por medio del oficio número 0931 de 27 de abril de 1987, le solicitó revocar esa medida, lo que el actor no efectuó por considerarlo improcedente, según se lo manifestó en el oficio número 3867 fechada el 15 de mayo siguiente, ante lo cual el Director desistió de su requerimiento. Por su parte, relata, la Secretaria General verbalmente le formuló la misma petición sugiriéndole que en cambio removiera al Jefe de la Sección Jurídica de la Regional, por la asesoría que sobre la declaración de insubsistencia de la señorita Mayorga Niño, le prestó.

Finalmente, el demandante manifiesta que no existió un acto administrativo de la Junta Directiva del ICBF disponiendo su insubsistencia "debiendo existir por cuanto es función legal de ella y por no existir norma que permita su delegación en otra autoridad, ya que por la ley es dicha Junta Directiva la autoridad nominadora de los Directores Regionales del ICBF" (fl. 248) y que "tampoco existió Acuerdo de la Junta Directiva del ICBF mediante el cual delegara en otra autoridad su función legal

nominadora. Y no podría existir por cuanto nunca tomó tal determinación que, de haberlo hecho, resultaría contraria a legalidad" (fl. 248).

Con base en lo expuesto, se tilda la resolución de insubsistencia de ser violatoria de los artículos 16, 17 y 26 de la anterior Constitución Política; 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968; 109 del Decreto 1950 de 1973; 26, 28 y 32 de la Ley 7ª de 1979; 42, 120 del Decreto 2388 de 1979; 111, 127, 139 y 140 del Decreto 1468 de 1979 y 12, 19, 25, 28 y 37 del Acuerdo número 000102 de 1979 de la Junta Directiva del ICBF, aprobado por el Decreto 334 de 1980, y de haber sido expedido dicho acto con abuso de poder o vicio de incompetencia. Así mismo, el libelista censura la delegación de la Junta Directiva al Director General para ordenar la remoción, por transgredir el artículo 32 de la Ley 7ª de 1979 y el artículo 19 del Decreto 334 de 1980, por lo que también pide sea infirmada.

El Tribunal del conocimiento en la sentencia impugnada declaró la inhibición para emitir un pronunciamiento de mérito sobre la pretensión relacionada con la nulidad del acto de delegación de funciones a que se ha hecho referencia, por cuanto no se precisó el acto de la Junta materia de la impugnación, y no allegó copia del mismo, pues sólo se presentó una copia sin autenticar del acta número 017 de 21 de julio de 1987, en la cual ese órgano de dirección tomó la decisión "de delegar al Director General para que decidiera lo más conveniente incluso la facultad de ordenar la insubsistencia" (fl. 326).

El *a quo* denegó la nulidad de la Resolución 001603 de 1987 y las demás pretensiones de la demanda, por cuanto, en su concepto, el pronunciamiento comentado anteriormente, (inhibitorio en relación con el acta 017), torna ineficaz la impugnación sobre la incompetencia del Director General del ICBF para declarar la insubsistencia del demandante y, porque además, no se demostró que ésta se adoptara por las mismas causas que motivaron la investigación disciplinaria a que se alude en el libelo, puesto que aquélla según afirma el accionante obedeció a "las diferencias de criterio surgidas entre el Director de la Regional y el Director General del ICBF, como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia de la señorita Sonia Mayorga, funcionaria de la Regional de Boyacá, y en manera alguna al aspecto de los electrodomésticos de contrabando y la sobrefacturación de precios por lo que se sancionó" (fl. 328).

SECCION SEGUNDA

EL RECURSO:

Al sustentarlo, la parte actora manifiesta que no le era dable al Tribunal declarar la inhibición para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la nulidad de los actos de la Junta Directiva del ICBF por los cuales delegó en el Gerente la facultad de ordenar la insubsistencia del nombramiento del actor bajo la consideración que no se allegó al proceso el acto administrativo que contenía tal delegación, por cuanto el acta número 17 de 21 de julio de 1987 citada como fundamento de la Resolución 001603 de 1987, por la cual se produjo la remoción de aquél, así como la número 18 de 4 de agosto de 1987, fueron aportadas así sea en fotocopia común con la demanda y luego allegados al proceso, dada la petición que al respecto se formuló en aquélla. De modo que el fallador debió pronunciarse sobre la validez, toda vez que ello era una condición necesaria e imprescindible dable para el despacho favorable de la petición de nulidad de la Resolución 001603, como se advirtió en el libelo.

Y concluye el recurrente:

> "Al tenerse en cuenta, como debe tenerse en cuenta, que las actas número 017 y 018 tanta veces citadas, constituyen no más que pruebas documentales regular y oportunamente allegadas al proceso, cuya conducencia a la demostración del vicio de incompetencia es inocultable e irrebatible, no puede pedirse cosa diferente a la revocatoria del fallo impugnado y la prosperidad en Segunda Instancia del *petitum demandado*" (fl. 334).

En el alegato de conclusión presentado en la segunda instancia (fls. 340 a 349), al igual que en el escrito introductorio de la acción, la parte actora precisa que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 32 de la Ley 7ª de 1979, en armonía con el artículo 19 literal c) del Decreto 334 de 1980, la función de nombrar y remover a los directores regionales del ICBF compete a su Junta Directiva. Por tanto, el Director General carecía de competencia para proferir la resolución enjuiciada, puesto que la delegación conferida por medio del acta número 17 de 1980 es ilegal en virtud de que no existe norma que la autorice.

Reitera así mismo el censor, que de conformidad con lo normado en el artículo 25 del Decreto 334 de 1980, el acto de delegación fue irregular por no haberse plasmado en su acuerdo como allí se estatuye y que si se aceptara, en gracia de la contención, que tal delegación fuese válida, la decisión demandada adolecería de desviación de poder y de falsa moti-

vación porque obedeció a motivos extraños al buen servicio, cual fue la existencia de una investigación disciplinaria en su contra que no había concluido aun y a la retaliación del Director General del ICBF por su renuencia a plegarse a sus requerimientos y a los de la Secretaría General relacionados con la remoción de la señorita Sonia Mayorga Gómez.

Por las razones anteriores el recurrente impetra la revocación del fallo y el despacho favorable de las súplicas de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado opina que la sentencia debe recovarse y, en su lugar, debe proferirse fallo estimatorio de las pretensiones del actor, por cuanto no existe disposición legal que pueda servir de soporte a la delegación de la Junta Directiva del ICBF con base en la cual se declaró la insubsistencia del accionante y porque las decisiones de la Junta no pueden modificar disposiciones de carácter legal y deben adoptarse por medio de acuerdos "y en el proceso no obra dicha delegación documental probatoria" (fl. 355).

Surtido el trámite de Ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a fallar, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero anotar, que para la Sala no existe duda acerca del contenido del Acta número 17 de 1987, pues como bien se observa a folios 16 y siguientes, el ejemplar que obra en autos fue suministrado al actor por la entidad demandada, la cual de otra parte, en momento alguno tachó de falso el aludido documento. Por tales razones, la Sala no comparte la conclusión a que sobre el particular llegó el *a quo*.

De otra parte, para decidir la presente controversia es oportuno anotar, en primer término, que si bien en el libelo introductorio de la acción se pidió "que se declare la inexistencia y/o nulidad de la delegación" efectuada por la Junta Directiva del ICBF al Director General para declarar la insubsistencia del nombramiento del demandante (fl. 243), sin precisar el acto administrativo que la contiene, lo cierto es que éste resulta plenamente identificado en el libelo como el de delegación contenido en el acta número 17 correspondiente a la reunión celebrada el 21 de julio de 1987.

De otra parte, un análisis integral de la demanda orientado a determinar el alcance que el accionante pretendió imprimirle a la impugnación,

permite colegir que lo pidió, aunque de manera confusa y antitécnica, fue la nulidad de dicho acto por ser contrario al ordenamiento jurídico, especialmente a los artículos 28 y 32 de la Ley 7ª de 1979 y a los artículos 12, 19, 25, 28, 29 y 37 del Acuerdo número 102 de 1979, aprobado por el Decreto 334 de 1980, y de esta manera, obtener la nulidad de la Resolución 1603 de 1987.

Al respecto la Sala observa con suficiente claridad, que el Director al declarar la insubsistencia hizo uso de la delegación que se le dio en forma expresa para el efecto en la reunión del 21 de julio de 1987, y que consta en el Acta número 17, pues en la Resolución 1603 (fl. 13) se la señaló en forma clara e indubitable como uno de los fundamentos jurídicos del acto administrativo demandado. Delegación que ataca el accionante, cuando sostiene que la Junta Directiva no podía traspasar al Director General mediante el mecanismo de la delegación, la facultad de remover al demandante, quien se desempeñaba como Director Regional de Boyacá, pues tanto la función de nominación como la de remoción de los Directores de ICBF corresponde exclusivamente a su Junta Directiva, según las voces del artículo 32 de la Ley 7ª de 1979 y del literal l) del artículo 19 del Decreto 334 de 1980, por medio del cual se aprobó el Acuerdo número 102 de 1979 contentivo de los estatutos de la entidad.

Sobre el particular cabe anotar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público del orden nacional, y como tal está sometido a las normas que para la organización y funcionamiento de esta clase de organismos, contienen los Decretos extraordinarios 1050 y 3130 de 1968.

En lo concerniente a la delegación interna de funciones, el artículo 23 de este último decreto, prescribe:

> "*Con las formalidades y en los casos previstos por los estatutos,* las Juntas o Consejos Directivos podrán delegar en los representantes legales de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado el cumplimiento de ciertas funciones o la celebración de determinados actos; igualmente, señalarán las funciones o actos que dichos representantes pueden delegar en otros servidores del respectivo organismo" (el destacado no es del texto).

De modo que para que válidamente opere la delegación de funciones en los representantes legales de las mencionadas entidades descentralizadas por parte de sus Consejos o Juntas Directivas, es menester que los

estatutos respectivos determinen cuáles funciones pueden ser objeto de tal delegación.

Pues bien, conforme al artículo 32 de la Ley 7ª de 1979 corresponde a la Junta Directiva del ICBF el nombramiento y remoción de los Directores Regionales, y revisando cuidadosamente el Decreto 334 de 1980 aprobatorio del Acuerdo número 102 de 1979 contentivo de los estatutos del ICBF, no se encuentra disposición alguna que autorice a la Junta Directiva para delegar en el Director General la aludida función. Por el contrario, se encuentran disposiciones que reafirman esa competencia como exclusiva de la Junta Directiva, como lo son el literal l) del artículo 19 y el literal f) del artículo 27, norma ésta que le asigna al Director de la función de "nombrar y remover libremente, con sujeción a las normas legales que rige (sic) la materia, los funcionarios cuyo *nombramiento le corresponda por disposición expresa, o que no corresponda a la Junta Directiva.* (Destaca la Sala).

Consiguientemente, fuerza concluir que la delegación efectuada al Director General por la Junta Directiva en la reunión celebrada el 21 de julio de 1987 -Acta número 17-, para remover al demandante, quien ostentaba el carácter de Director General de la Seccional Boyacá, carece de sustento jurídico y, por ende, la Resolución 001603 de 1987 que se fundamenta en ella, se dictó con base en un acto administrativo manifiestamente ilegal y por un funcionario que carecía de competencia para proferirlo.

De acuerdo con lo expuesto procede la revocación del fallo apelado y, en su lugar, decretar la nulidad del acto de remoción del actor y el restablecimiento del derecho impetrado en el libelo, no siendo necesario examinar las otras razones de inconformidad con la decisión demandada.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 128 de la Constitución Política, se ordenará descontar de lo adeuado, lo percibido por el actor en el desempeño de otros empleos oficiales.

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

FALLA:

1º. Revócase la sentencia proferida el 3 de abril de 1990 por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el proceso promovido por Campos

Alberto Puentes Núñez contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2º. Declárase la nulidad del acto administrativo mediante el cual la Junta Directiva "delegada en el Director General la toma de la decisión que considere conveniente incluyendo la insubsistencia" del actor, contenido en el Acta número 017 correspondiente a la sesión celebrada el 21 de julio de 1987.

3º. Declárase la nulidad de la Resolución 001603 de 21 de julio de 1987 de la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo de Director Regional 2035, Grado 14 de la Regional Boyacá de esa entidad.

4º. Ordénase al ICBF, reintegrar al señor Puentes Núñez al cargo mencionado o a uno de igual o superior categoría y a cancelarle el valor de los sueldos, primas, gastos de representación, vacaciones, bonificaciones y demás prestaciones sociales dejados de devengar, desde el día de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro al servicio, *descontando de esos valores las sumas que hubiese recibido en dicho lapso por el desempeño de otros cargos oficiales.*

5º. Declárase para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del señor Puentes Núñez al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

6º. Dése cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 4 de marzo de 1993.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora (Con aclaración de voto)*; Dolly Pedraza de Arenas, Jaime Ahumada Díaz,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO DEL CONGRESO / EMPELADO DE PERIODO / PERIODO CONSTITUCIONAL / INSUBSISTENCIA - Improcedencia / COMISION DE LA MESA

El artículo 3º de la Ley 52 de 1978 dispone que: "Los empelados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero podrán ser removidos en cualquier tiempo por justa causa, o mala conducta comprobadas". En el* sub exámine *no se acreditó que hubiera habido justa causa en la declaratoria de insubsistencia de la demandante o, que ésta, hubiese incurrido en causal de mala conducta, lo que indica que la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes ejerció en este caso, la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, sin estar investida para ello, por tratarse de un empleo de período fijo. El acto demandado se expidió entonces en forma contraria a las normas legales que debía observar y esta circunstancia vicia su validez jurídica.

Decisión: Confirma la sentencia apelada y la adiciona en el sentido de que las sumas que reciba la accionante en razón del fallo, se descontarán cuando haya recibido en el mismo lapso, del Tesoro Público o de entidades en que tenga parte mayoritaria el Estado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 18 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número 5835.

Autoridades Nacionales.

Consulta Sentencia.

Actora: Ruby Cecilia Sánchez Hurtado.

SECCION SEGUNDA

Se decide en grado de consulta sobre la sentencia pronunciada el 22 de marzo de 1991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por Ruby Cecilia Sánchez Hurtado contra la Nación - Congreso de la República.

ANTECEDENTES:

La accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, impetró del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo siguiente:

"1º Que se decrete la nulidad de la Resolución C.M. 106 del 12 de agosto de 1987, proferida por la Comisión de la Mesa de la honorable Cámara de Representantes del Congreso de la República, 'por la cual se causan novedades en el personal de planta de la Corporación' providencia que en su artículo único dispone: 'Con efectos fiscales y a partir de la fecha declarar insubsistente del cargo de Jefe de Biblioteca de la honorable Cámara de Representantes a Ruby Cecilia Sánchez Hurtado, quien había sido nombrada mediante Resolución C.M. 037 del 4 de mayo de 1987'.

"2º Que en virtud de la declaratoria de nulidad de la Resolución C.M. 037 del 4 de mayo de 1987, norma por la cual se nombró a Ruby Cecilia Sánchez Hurtado en el cargo de Jefe de Biblioteca de la honorable Cámara de Representantes.

"3º Que se ordene el reintegro de Ruby Cecilia Sánchez Hurtado al cargo para el cual fue nombrada mediante Resolución C.M. 037 del 4 de mayo de 1987 o, en su defecto, que se le reintegre a un cargo de igual o mejor categoría.

"4º Que se ordene la liquidación y el pago de la totalidad de los sueldos, primas, prestaciones sociales y demás emolumentos legales que Ruby Cecilia Sánchez Hurtado hubiese dejado de devengar desde la fecha en que fue separada ilegalmente del servicio, hasta que se produzca su reintegro, o, hasta el momento en que se determine según las normas vigentes sobre la materia.

"5º Que el pago de las sumas a que se refiere la pretensión anterior se haga con base en los criterios aplicables en relación con los factores de corrección monetaria" (fl. 1-2).

El Tribunal accedió a declarar la nulidad del acto demandado y condenó a la nación -Congreso de la República- a reconocerle a la accionante todos los emolumentos dejados de percibir desde el 12 de agosto de 1987, hasta el 19 de julio de 1990. Evidenció el *a quo* que el cargo que desempeñaba la actora no era de libre nombramiento y remoción sino de período fijo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3º de la Ley 52 de 1978 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 28 de 1983 y concluyó que habiendo sido nombrada la demandante durante el período comprendido entre el 20 de julio de 1986 y el 19 de julio de 1990, tenía derecho a permanecer en el cargo hasta el vencimiento de ese período, salvo el evento de justa causa o de mala conducta, lo que no se comprobó en el curso del proceso; su retiro por tanto, fue contrario a lo consignado en los artículos 3º de la Ley 52 de 1978 y 28 de la Ley 28 de 1983.

Denegó el Tribunal la petición 2ª de reintegro precisando que la accionante se desempeñaba en un cargo de período y la 5ª, respecto a corrección monetaria por cuanto no se citaron las normas para sustentar su procedencia (fls. 60-67).

La Fiscalía Novena de la Corporación, solicita se confirme la sentencia en consulta, porque la desvinculación de la accionante fue arbitraria, en cuanto se demostró que ejercía un cargo de período fijo y se declaró insubsistente su nombramiento, sin que existiera justa causa o mala conducta; pidió que quienes profirieron el acto acusado respondieran por su proceder y no la entidad estatal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución de 1991; dijo finalmente que esta Corporación al resolver el grado de consulta, no tiene competencia para hacer más gravosa la situación de la demandada, porque el grado de jurisdicción se entiende concedido a favor de las entidades públicas, según el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo y como la parte demandante no apeló, es obvio que mediante la consulta no se puede modificar lo que sólo procedía por la vía del recurso (fls. 75-78).

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Como se precisa en el fallo recurrido, la accionante fue nombrada durante el período comprendido entre el 20 de julio de 1986 y el 19 de julio de 1990 y ejercía el cargo de Jefe de Biblioteca de la Cámara de

Representantes, empleo que no aparece en la relación que trae el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 28 de 1983 como de libre nombramiento y remoción de la Mesa Directiva, lo cual permite inferir que ese cargo tenía un período igual al de los Congresistas, como la misma norma lo prescribe.

Por otra parte, el artículo 3º de la Ley 52 de 1978 dispone que: "Los empleados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero podrán ser removidos en cualquier tiempo por justa causa, o mala conducta comprobadas".

En el *sub examine* no se acreditó que hubiera habido justa causa en la declaratoria de insubsistencia de la demandante o, que ésta, hubiese incurrido en causal de mala conducta, supuestos a los cuales no se aludió en el acto acusado, lo que indica que la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes ejerció en este caso, la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, sin estar investida para ello, por tratarse de un empleo de período fijo.

El acto demandado se expidió entonces en forma contraria a las normas legales que debía observar y esta circunstancia vicia, su validez jurídica, como lo declaró el *a quo* en la sentencia objeto del grado de consulta.

Con respecto a lo expresado por la Fiscalía en el sentido de que quienes profirieron el acto sean quienes respondan y no la demandada, debe precisarse que las personas naturales que lo suscribieron no fueron demandadas como lo establece el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, y por tanto no procede su condena.

Tampoco procede la petición de corrección monetaria formulada por la demandante, porque como lo dice la señora Fiscal, la consulta se entiende siempre concedida a favor de las entidades públicas; si los particulares pretenden que se modifique la sentencia de instancia, deben proponer los recursos procedentes, lo que no ocurrió en este caso.

Lo anterior es suficiente para que la Sala proceda a confirmar la sentencia objeto de consulta, adicionándola para dar cumplimiento al artículo 64 de la Constitución de 1886 (hoy art. 128) en el sentido de que, de las sumas que debe percibir la accionante, se descontará cuanto haya recibido en el mismo lapso del erario o de las entidades en que tenga parte mayoritaria el Estado, por concepto de asignaciones.

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 veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991) pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este proceso, *adicionándola* en el sentido de que de las sumas que reciba la accionante en razón de este fallo, se descontará cuanto haya recibido en el mismo lapso, del Tesoro Público o de entidades en que tenga parte mayoritaria el Estado, por concepto de asignaciones.

Reconócese al doctor Pedro Pablo Suárez Mora como apoderado sustituto de la parte demandante, en los términos del poder que obra a folio 79.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día 4) de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, (Salva Voto); *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES / PRESTACIONES PERIODICAS / CADUCIDAD - Improcedencia

Tanto durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 como a la luz del actual C. C. A., fue posible y lo es, demandar en cualquier tiempo un acto que reconoce prestaciones periódicas. Lo que no cabe es exigir la devolución de sumas pagadas por ese concepto a particulares de buena fe.

PENSION DE JUBILACION - Reliquidación / ULTIMO AÑO DE SERVICIO / RETROACTIVIDAD - Improcedencia

La resolución acusada incurrió en dos errores, hacer una sola liquidación tomando como base la asignación promedio devengada entre el 1º de enero y el 30 de diciembre de 1979, para reconocer el derecho a la pensión desde el 30 de agosto de 1977, violando así la norma según la cual las pensiones son equivalentes al 75% del promedio devengado en el último año de servicios, puesto que en 1977 la asignación era inferior a la correspondiente a 1979, y aplicarle a la pensión así liquidada reajustes retroactivos que sólo proceden hacia el futuro y con la finalidad de actualizar la prestación de acuerdo con los factores indicados en la Ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 23 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 1654.

Autoridades Nacionales.

Actores: Cajanal - Rafael Avila Serrato.

La Caja Nacional de Previsión Social mediante apoderado solicitó la nulidad de la Resolución 9562 de 28 de noviembre de 1980, expedida por

la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se reconoce una pensión de jubilación al señor Rafael Antonio Avila Serrato.

En los hechos de la demanda se afirma que por escrito de 29 de agosto de 1980 se pidió el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por tener el Presbítero Rafael Antonio Avila Serrato cumplidos 60 años de edad y 20 años de servicios prestados en el ramo docente de la administración pública;

Que Cajanal a través de la resolución enjuiciada reconoció la referida pensión y la declaró efectiva a partir de 30 de agosto de 1977;

Que para la liquidación de dicha prestación social el acto impugnado tomó como base el promedio de todo lo devengado por el mencionado educador durante el año de 1979;

Que mediante una serie de operaciones irregulares, la resolución enjuiciada en sus artículos 2º a 9º, fue elevando la pensión de jubilación en virtud de los reajustes efectuados de la manera en que se expone en el libelo.

Como disposiciones violadas se citan el artículo 1º del Decreto 435 de 1971; artículo 1º del Decreto 446 de 1973; artículo 1º del Decreto 1221 de 1975; artículo 1º de la Ley 4ª de 1976; artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 y artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 (fl. 6).

En el concepto de la violación se argumenta que acorde con el Decreto 435 de 1971, artículo 1º, el reajuste pensional había sido decretado para aplicarlo a pensiones que se estuvieran pagando a la fecha de 31 de diciembre de 1970;

Que para que el educador Avila Serrato tuviera derecho a dicho reajuste era obligatorio liquidarle su pensión tomando como salario base el promedio de lo devengado por él durante el año de 1969, que fue el inmediatamente anterior a aquél en el cual obtuvo su *status* de pensionado por cumplir los requisitos exigidos en la ley;

Que la violación del Decreto 446 de 1973 es de la misma naturaleza de la planteada antes;

Que carecía de fundamento jurídico aplicar el reajuste ordenado por este Decreto a mesadas pensionales cuyo salario base corresponde al devengado en 1979;

Que hacerlo así implica un doble pago por igual concepto, para un mismo beneficiario, proveniente del Tesoro Público;

Que posiblemente el aumento establecido en el artículo 4º de la resolución impugnada tiene como soporte jurídico el Decreto 1221 de 1975, el cual determinó el reajuste del 33% para las pensiones del sector público a partir del 1º de julio de 1975;

Que por ende resulta evidente que debía beneficiar mesadas pensionales liquidadas con base en salarios vigentes en ese período y de ninguna manera aquellas que se liquidaron teniendo en cuenta salarios del año 1979;

Que los reajustes ordenados por la Ley 4ª de 1976 eran viables para la pensión del comentado educador en los años 77 y 78, siempre y cuando el salario base de liquidación hubiese sido el correspondiente a los promedios de lo devengado en 1969 y no a 1979, como erróneamente lo decidió el acto enjuiciado, generando así una aplicación indebida del artículo 1º de esa ley;

Que la cadena de ilegalidades descritas conduce al acto acusado a infringir flagrantemente el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, disposiciones que fijan un límite a la cuantía de las pensiones del sector público (fls. 6 a 10).

En el libelo se pidió la suspensión provisional de la Resolución 9562 de 28 de noviembre de 1980 dictada por Cajanal, la cual fue decretada según se infiere del escrito que aparece a folio 36 del expediente.

El proceso fue reconstruido mediante auto de 22 de noviembre de 1989 (fl. 81).

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que en el caso *sub lite* se profiera fallo inhibitorio por caducidad de la acción, por no haberse acudido a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por parte de Cajanal dentro de los 4 meses siguientes a la publicación, notificación o ejecución del acto, tal como lo ordenaba el inciso 3º del artículo 83 de la Ley 167 de 1941, vigente para la fecha en que fue presentado el escrito demandatorio (8 de marzo de 1982);

Que de no ser así, como la pensión de jubilación en el caso *sub judice* fue liquidada y reajustada indebidamente como se expresa en el libelo,

resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de la resolución impugnada (fls. 93 a 97).

CONSIDERACIONES:

Examinará la Sala en primer término lo concerniente a la caducidad de la acción, planteada por la Agencia del Ministerio Público.

El acto fue proferido el 28 de noviembre de 1980 y la demanda presentada por la Caja Nacional de Previsión el 8 de marzo de 1982.

En esa época regía la Ley 167 de 1941, en cuyo artículo 83 se señalaba el término de caducidad para las acciones de plena jurisdicción, en cuatro meses contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto demandado, *salvo disposición legal en contrario.*

Interpretando la frase resaltada por la Sala, el Consejo de Estado admitía que en materia de prestaciones sociales, el término de caducidad de la acción fuera el mismo de prescripción del derecho; y como el derecho a la asignación de retiro no prescribe, la acción podría intentarse en cualquier tiempo.

Esta interpretación jurisprudencial fue acogida en el inciso 3º del artículo 136 del C. C. A. aprobado por el Decreto 01 de 1984, que reza:

> "Sin embargo, cuando se demanden actos que reconozcan prestaciones periódicas, la acción podrá proponerse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe."

En consecuencia, tanto durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 como a la luz del actual Código Contencioso Administrativo, fue posible y lo es, demandar en cualquier tiempo un acto que reconoce prestaciones periódicas.

Lo que no cabe es exigir la devolución de sumas pagadas por ese concepto a particulares de buena fe.

Debe la Sala, entonces, analizar el fondo del asunto.

Las disposiciones vigentes sobre pensión de jubilación ordenan que la prestación sea equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios.

En tratándose de servidores docentes que legalmente están en posibilidad de devengar pensión, aun sin retirarse del cargo, ha surgido el

interrogante de cuál debe tomarse como último año de servicio a fin de establecer el promedio de la asignación, dado que no se ha producido el retiro efectivo.

Teniendo en cuenta que la pensión se comienza a devengar 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 señor Avila Serrato, no es entonces el permitido por la ley.

Si el peticionario se había retirado definitivamente del servicio el 30 de diciembre de 1979, como lo indica el acto acusado, lo procedente era efectuar dos liquidaciones: una con base en el promedio de lo devengado entre el 30 de agosto de 1976 y el 30 de agosto de 1977, por cuanto la prestación se hacía efectiva a partir de esta última fecha, pudiéndose aplicar los reajustes de ley a la suma resultante pero hacia el futuro.

Y otra nueva liquidación, prescindiendo de la anterior, con base en lo devengado entre el 1º de enero y el 30 de diciembre de 1979, para hacerla efectiva a partir del 1º de enero de 1980, fecha de retiro definitivo del servicio.

En este orden de ideas es preciso concluir que la resolución acusada incurrió en dos errores: hacer una sola liquidación tomando como base la asignación promedio devengada entre el 1º de enero y el 30 de diciembre de 1979, para reconocer el derecho a la pensión desde el 30 de agosto de 1977, violando así la norma según la cual las pensiones son equivalentes al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, puesto que en 1977 la asignación era inferior a la correspondiente a 1979; y aplicarle a la pensión así liquidada reajustes retroactivos que sólo proceden hacia el futuro y con la finalidad de actualizar la prestación de acuerdo con los factores indicados en la ley.

Por lo anterior, la resolución es anulable, pero sólo en cuanto se refiere al monto de la pensión y sus reajustes, puesto que la Caja no desconoce ni controvierte el derecho del señor Avila Serrato a devengar pensión.

Ello obliga a la entidad a liquidar correctamente la prestación porque su reconocimiento ya se hizo, continúa en firme y obliga a su pago oportuno.

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

FALLA:

1º. Declárase parcialmente nulo el artículo 1º de la Resolución 9562 de 28 de noviembre de 1980, por la cual la Caja Nacional de Previsión Social reconoció al señor Rafael Antonio Avila Serrato, identificado con la cédula de ciudadanía número 5807263 de Ibagué una pensión mensual de jubilación, pero sólo en cuanto al monto de la prestación.

2º. Declárase nulos los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 y 13 de la misma resolución.

3º. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 25 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL - Inscripción / SECRETARIO DE JUZGADO - Requisitos

Establece al artículo 41 del Decreto 052 de 1987, como requisitos mínimos para ser inscrito en la carrera como Secretario de los Juzgados de Circuito de cabecera de Distrito Judicial, grado 10, "haber aprobado dos (2) años de estudios de derecho y tener dos (2) años de experiencia en la rama jurisdiccional o un (1) año de estudios superiores y tres (3) años de experiencia en la Rama Jurisdiccional". En su parágrafo único establece que a quienes no reúnan estos requisitos se les aplicarán las siguientes equivalencias: un año de educación superior por dos (2) años de experiencia relacionada y viceversa. Un (1) año de educación media por un (1) año de experiencia relacionada, y viceversa. Ahora bien, de las pruebas arrimadas al proceso, de los documentos aportados, que sirvieron de base al Tribunal Superior para denegar la inscripción solicitada, se tiene, como bien lo anota el Agente Fiscal Cuarto, el actor no cumplió los requisitos exigidos por el artículo 41 del Decreto 052 de 1987, pues, desde la fecha de posesión en el primer cargo hasta la expedición por el juzgado de la certificación en donde consta el tiempo servido, sólo hay acreditados cuatro (4) años de servicio, tiempo insuficiente, de acuerdo con el artículo 41 citado, para ser inscrito en la carrera, razón por la cual deben denegarse las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., 23 de marzo de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 3504.

Autoridades Nacionales.

Actor: Juan Alberto Marthe Borras.

Procede la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo a resolver acerca de la demanda que en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho (art. 85 del C. C. A.), instauró, por medio de apoderado judicial, el señor Juan Alberto Marthe Borras, a fin de obtener la nulidad de los actos contenidos en las resoluciones de 15 de septiembre de 1987, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla denegó la solicitud de inscripción en la carrera judicial y de 15 de octubre del mismo año, confirmatoria de la anterior.

Como consecuencia de la nulidad que se decrete, la parte demandante pretende que se ordene su inscripción en la carrera judicial en el cargo de Secretario de Cabeza de Distrito, grado 10.

I. ANTECEDENTES:

Según el libelista y como lo corroboran las piezas de índole probatoria allegadas, el señor Marthe Borras prestó sus servicios en la rama jurisdiccional.

En efecto entró a laborar el 15 de mayo de 1982 en el cargo de Oficial Mayor, habiendo permanecido en él hasta el 16 de septiembre de 1985, fecha en que tomó posesión del cargo de Secretario grado 10, y a la fecha de expedición del certificado por el Juzgado tercero Penal del Circuito (16 de mayo de 1986), estaba desempeñando sus funciones como tal (fl. 4).

El demandante expone los siguientes hechos:

a) El señor Juan Alberto Marthe Borras presentó dentro del término legal, ante la Secretaría General del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, la solicitud respectiva para su ingreso a la carrera judicial...;

b) El honorable Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla mediante providencia de 15 de septiembre de 1987, dictada en proforma fotocopiada, negó la inscripción a la Carrera Judicial del peticionario aduciendo que: "no acompañó la documentación exigida por el Decreto 052 de 1987...", sin citar el artículo pertinente, concluyendo que: "del estudio de tales documentos se concluye que el interesado no reúne los requisitos para el cargo que aspira ingresar" y remata afirmando que: "de conformidad con el artículo 133 del Decreto 0052 de 1987 corresponde este pronunciamiento a los Tribunales Superiores";

c) Dentro de la oportunidad legal el interesado interpuso el recurso de reposición contra el proveído anterior, que fue resuelto en forma negativa.

SECCION SEGUNDA

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Estima la parte actora que la resolución es violatoria de los artículos 163 de la Constitución Nacional, 303 del C. de P. C., 41 del Decreto 052, 35 del Decreto 01 de 1984, por cuanto "las providencias acusadas, principalmente la inicial, producida en serie, no se encuentra técnicamente motivada al no citar las normas o preceptos legales en que funda el rechazo de la inscripción en la carrera judicial a mi patrocinado, por cuanto mal podría afirmarse que la sola cita del artículo que faculta al Tribunal del Distrito Judicial para inscribir en la carrera a los servidores de la Rama Judicial que prestan sus servicios en los juzgados de su jurisdicción, cual es el 133 del Decreto 0052 de 1987, y la escueta afirmación de que "... para tal efecto no acompañó la documentación exigida por el Decreto 0052 de 1987", es la motivación de que habla la ley y que precisa el honorable Consejo de Estado en la jurisprudencia citada, ya que para el caso debió indicarse en la providencia impugnada que el solicitante no llenaba los requisitos exigidos por el artículo 41 del Decreto 0052 tantas veces citado, expresando en dónde fallaba su solicitud o cuál documento o requisito no había aportado o llenado, y dar sobre todo la razón de la no aplicación de las equivalencias previstas en el parágrafo único del artículo 41.

"...Violó en esta forma el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, por vía directa, las normas contenidas en el artículo 133 de la Carta Magna, 303, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil y 35 del Decreto 01 de 1984, al no darles aplicación al resolver la petición de inscripción formulada en legal forma y oportunidad, por mi mandante."

De otra parte, encontramos que el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al proferir las providencias impugnadas, quebrantó los preceptos contenidos en los artículos, corregimos, (sic) en el artículo 41 del Decreto 0052 de 1987 y su parágrafo único, ya que, como se desprende de la certificación expedida por el titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito, mi mandante ha prestado sus servicios a dicho despacho, en cargos con funciones relacionadas, tan relacionadas que el mismo Decreto 0052 en su artículo 40 los remite en sus funciones al mismo artículo 14 del Decreto-ley 1265 de 1970.

Aportó mi poderdante, dentro de los documentos anexos a su solicitud de inscripción en la carrera judicial certificación en donde consta

tener experiencia en el cargo y relacionada, desde el 15 de mayo de 1982 hasta el momento de la presentación y resolución de su petición, 15 de septiembre de 1987, esto es, cinco (5) años y cuatro (4) meses.

Como viene visto, el parágrafo único del artículo 41 del Decreto 0052 de 1987 ordena que "a quienes no reúnan los requisitos exigidos en este artículo se les aplicarán las siguientes equivalencias: un (1) año de educación superior por dos (2) años de experiencia relacionada y viceversa...".

Si bien mi patrocinado no llena los requisitos exigidos por el artículo 41 para el cargo de Secretario de cabecera de Distrito, Grado 10, en cuanto no ha realizado un (1) año de estudios superiores y tres (3) de experiencia (segundo evento), al aplicarle la equivalencia autorizada y ordenada por el inciso 1º del parágrafo único del citado artículo tendríamos que sus cinco (5) años de experiencia relacionada (Oficial Mayor - Secretario, art. 14 del Decreto-ley 1265 de 1970, en concordancia con el art. 40, incs. 4º y 8º), tendríamos que dos (2) años equivaldrían a un (1) año de educación superior y los tres (3) años restantes a los de experiencia relacionada a que alude el inciso 2º del parágrafo único aludido.

III. DEL CONCEPTO FISCAL

"...como lo concluyó la administración en las resoluciones mediante las cuales negó la inscripción y el ingreso a la carrera judicial del actor, señor Marthe Borras no cumplía los requisitos exigidos, exactamente, con el tiempo de servicio, ya que aplicando las equivalencias y como lo expresamos en el concepto obrante de folios 33 a 35, mínimo se debió acreditar una experiencia relacionada de cinco (5) años, lo cual no se hizo.

Anota la Fiscalía que no puede saberse con precisión hasta qué día se acreditó ante el Tribunal Superior el tiempo de servicio toda vez que no se encuentra fecha de la solicitud (fl. 52), y por ser ilegible el día y el mes de la fecha de radicación (fl. 53). Pero como en la misma radicación se lee claramente el año de 1986 y todos los anexos presentados con la solicitud están fechados en el mismo año (febrero 12, abril 23, mayo 8 y 16 y septiembre 16), tomados ampliamente todo este año como experiencia acreditada la que contabilizaba desde mayo 12 de 1982 nos da un resultado de 4 años, 7 meses y 16 días, es decir, no fue acreditado, en las condiciones del actor, la experiencia relacionada, cinco (5) años.

Así las cosas el acto se encuentra ajustado al derecho y las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad."

SECCION SEGUNDA

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Arguye el demandante que viene laborando en la Rama Jurisdiccional desde el 15 de mayo de 1982, y que a la fecha de presentación de la solicitud de inscripción en la carrera judicial estaba desempeñando el cargo de Secretario del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, habiendo cumplido, por tanto, con los requisitos exigidos para ser inscrito en dicha carrera.

Establece el artículo 41 del Decreto 0052 de 1987, como requisitos mínimos para ser inscrito en la carrera como Secretario de los Juzgados de Circuito de cabecera de Distrito Judicial, grado 10, "haber aprobado dos (2) años de estudios de derecho y tener dos (2) años de experiencia en la Rama Jurisdiccional o un (1) año de estudios superiores y tres (3) años de experiencia en la Rama Jurisdiccional". En su parágrafo único establece que a quienes no reúnan estos requisitos se les aplicarán las siguientes equivalencias: un (1) año de educación superior por dos (2) años de experiencia relacionada y viceversa. Un (1) año de educación media por un (1) año de experiencia relacionada, y viceversa.

Ahora bien, de las pruebas arrimadas al proceso, de los documentos aportados, que sirvieron de base al Tribunal Superior para denegar la inscripción solicitada, se tiene, como bien lo anota el Agente Fiscal Cuarto, el actor no cumplió los requisitos exigidos por el artículo 41 del Decreto 0052 de 1987, pues, desde la fecha de posesión en el primer cargo hasta la expedición por el Juzgado de la certificación en donde consta el tiempo servido, sólo hay acreditados cuatro años de servicio, tiempo insuficiente, de acuerdo con el artículo 41 citado, para ser inscrito en la carrera, razón por la cual deben denegarse las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará.

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

FALLA:

Niéganse las pretensiones de la demanda en este asunto.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION - Liquidación / ULTIMO AÑO DE SERVICIO

Las disposiciones vigentes sobre pensión de jubilación ordenan que la prestación sea equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios. Tratándose de servidores docentes, como sucede en el caso que se examina, por cuanto legalmente están en posibilidad de devengar pensión aun sin haberse retirado del cargo, devengándola conjuntamente con el salario o sueldo, ha surgido el interrogante acerca de cuál debe tomarse como último año de servicio a fin de establecer el promedio de la asignación, dado que no se ha producido el retiro efectivo. Teniendo en cuenta que la pensión se comienza a devengar, en el caso de los docentes, cuando se cumplen los requisitos legales de edad y tiempo de servicio para obtenerla, es lógico que por "último año de servicios" se entienda el inmediatamente anterior a esa fecha. Es apenas obvio 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. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 23 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente número 4580.

Autoridades Nacionales.

Actora: María Aurora López de Ocampo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 16 de junio de

1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho), encaminado a obtener las siguientes declaraciones:

"Primero. Que se decrete la nulidad de las Resoluciones 05095 del 19 de abril de 1985 y 2398 del 20 de junio del mismo año, la primera dictada por la Subdirectora de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión y la última por la Dirección General de la Institución, en cuanto por ellas se liquidó la pensión de María Aurora López de Ocampo, no con los sueldos devengados en su último año de servicios, corrido entre el 1º de septiembre de 1983 y el 13 de agosto de 1984, sino con otros de menor cuantía que recibió en época anterior, del 15 de septiembre de 1976 al 14 de septiembre de 1977.

"Que, igualmente, se declare la nulidad de los incrementos anuales que por reajustes o salario mínimo en las resoluciones se dispone liquidar sobre la cuantía indebidamente fijada a la pensión.

"Segundo. Que como consecuencia de las nulidades anotadas se restablezca a mi poderdante en su derecho, fijando a la pensión en el monto mensual de $12.431.23, equivalente al 75% del sueldo promedio de $16.575.00 que devengó en su último año de servicio, para su cobro desde el 15 de septiembre de 1972 cuando la adquirió, pero con efectos fiscales sólo a partir del 8 de octubre de 1981, por estar las mesadas anteriores cubiertas por la prescripción trienal;

"Que sobre el monto de $12.431.23 se liquiden por la corporación los incrementos causados hasta el 31 de diciembre de 1984, en conformidad con la Ley 4ª de 1976.

"Tercero. Que en la sentencia se disponga ser obligación de Cajanal proseguir la liquidación de estos incrementos sobre igual base y en relación al año de 1985 y siguientes.

"Cuarto. Todo lo anterior sin perjuicio de que en dicha sentencia se haga en concreto la condena al pago de las diferencias quedadas a deber a la actora y que para el 30 de diciembre de 1984 alcanzan a $778.649.77, con el reajuste por devaluación monetaria y los intereses que se causen.

"Quinto. Se solicita la condena en costas de la parte demandada, por ser ella una persona distinta a la Nación, que no goza de los privilegios acordados por ésta."

SECCION SEGUNDA

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

La actora María Aurora López de Ocampo, laboró al servicio de la docencia oficial en el departamento de Antioquia desde el 25 de agosto de 1957, y después de cumplir 50 años de edad y 20 de servicio, solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento de una pensión mensual y vitalicia de jubilación, de conformidad con la Ley 114 de 1913, que le fue liquidada con base en los factores salariales devengados durante el comprendido entre el 15 de septiembre de 1976 y el 14 de septiembre de 1977, cuando reunió los requisitos exigidos por la norma, para un guarismo de $1.956.48, y no con base en los factores salariales devengados durante el último año en que prestó sus servicios, comprendido entre el 1º de septiembre y el 30 de agosto de 1984, para un guarismo de $12.750.00.

Como norma violada por los actos impugnados reseña la demanda el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 24 de 1947, que dice:

Cuando se trata de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año.

En el desarrollo del concepto de violación sostiene la demanda que para estimar como último año de servicio, el comprendido entre el 15 de septiembre de 1976 y el 14 de septiembre de 1977, como lo hace la Caja Nacional de Previsión Social, sería menester que se basara en una ficción jurídica emanada del legislador, que no del funcionario administrativo o judicial, que no tienen la capacidad para establecer presunciones de derecho, lo que iría contra la preceptiva del artículo 55 de la Carta (se refiere a la Constitución Nacional anterior, vigente para la época), que asigna a una rama del poder público la función de legislar y otra distinta la de juzgar.

Se ocupa la demanda en este capítulo de análisis sobre lo que debe entenderse por ficción legal, trayendo a colación el concepto de varios tratadistas, para concluir que los actos impugnados al violar la ley en cita, deben en consecuencia ser anulados.

Para denegar las súplicas de la demanda la sentencia apelada, después de analizar el régimen de excepción que gobierna las prestaciones sociales del ramo docente del sector oficial, termina con la transcripción de apartes de una sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, proferida dentro del proceso promovido por Zeneida Reyes Rodríguez

(Exp. núm. 7.748), de la cual fue ponente el consejero doctor Joaquín Vanín Tello, que dice:

> "Ciertamente, de acuerdo con las correspondientes disposiciones legales, la pensión de jubilación se liquida con base en los salarios devengados durante el último año de servicio, que no coincide necesariamente con el vigésimo ni con aquel en que se reunieron los dos requisitos que, por regla general, exige la ley para que se adquiera el derecho a esta prestación. Ultimo año de servicio, de conformidad con la ley, es aquel que termina en la fecha en que el empleado oficial deja de laborar en forma efectiva y definitiva para el Estado. No quiere decir esto que no pueda reincorporarse posteriormente al servicio en los casos en que la ley lo permita.
>
> Pero los servidores del ramo docente pueden disfrutar simultáneamente de sueldo y pensión de jubilación, sin necesidad de retirarse del servicio.
>
> En este caso no existe ese último año de servicio a que se refiere la ley, pues el solicitante de pensión de jubilación no se ha desvinculado del Estado sino que su propósito es continuar trabajando ininterrumpidamente, sin sobrepasar, desde luego, la edad de retiro forzoso.
>
> *Como la determinación de los salarios que deben tomarse como base para la liquidación de la pensión de jubilación no puede ser caprichosa o arbitraria y mucho menos quedar a voluntad del interesado, la Sala estima que para el efecto a falta de definición legal, el último es aquel que termina el día en que se reúnan en el tiempo los requisitos que la ley exige para que se adquiera la mencionada prestación.*

En el escrito de sustentación del recurso de apelación se dice que el régimen prestacional del docente es especial y más favorable en comparación con el ordinario, que hace que el docente goce de ventajas extrañas a este último, que desconoce el fallo impugnado el cual contraría el fin perseguido por el legislador extraordinario al expedir el Decreto 2285 de 1955, que consagró la coexistencia de pensión y sueldo del docente, lo mismo que la regla de oro del intérprete, contenida en el artículo 27 del C. C., según la cual: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

De otra parte, que la sentencia descansa en un supuesto figurado, consistente en fingir que el último año de servicio de la actora fue el

comprendido entre el 15 de septiembre de 1976 y el 14 de septiembre de 1977, lo que es subjetivo, toda vez que en el expediente obra un certificado que demuestra que realmente el último año de servicio de la actora fue comprendido entre el 1º de septiembre de 1983 y el 30 de agosto de 1984.

Termina la sustentación de la alzada haciéndose referencia a que el artículo 177 del C. de P. C., lo mismo que el artículo 170 del C.C.A.; imponen al sentenciador la obligación de ajustarse a supuestos reales, acreditados con base en las pruebas allegadas, a lo que escapa lo figurado e imaginativo, que sólo tiene cabida en la mente. Además de lo ficticio siempre ha jugado en el campo jurídico como estimativo de consideraciones humanas que demandan soluciones de equidad aun al precio de falsear la realidad. Soluciones que afirman y expresan una regla de derecho, cuya creación pertenece al legislador, la cual no puede originarse en una ficción de creación judicial.

El Fiscal Cuarto de la Corporación al descorrer el traslado es de criterio en su concepto de fondo de que la sentencia impugnada merece plena confirmación, para lo cual se remite al fallo de la Sección Segunda del Consejo de Estado, cuyos apartes han sido transcritos anteriormente, lo que así mismo se transcriben en el concepto.

Como no se observan vicios que invaliden la actuación, la Sala para resolver, hace las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Está demostrado en autos que la actora María Aurora López de Ocampo prestó sus servicios como docente desde 1957, y que el 19 de octubre cumplió 50 años de edad. Además, que el 14 de septiembre de 1977 completó 20 años de servicios, mas, sin embargo, siguió laborando al servicio de la entidad hasta el 30 de agosto de 1984. Ya retirada, el 8 de octubre de este último año, es decir, 1984, elevó una petición a la Caja Nacional de Previsión Social a fin de que le reconocieran una pensión mensual vitalicia de jubilación con apoyo en la Ley 114 de 1913.

Así las cosas, mediante Resolución 5095 de 19 de abril de 1985, la Subdirectora de Prestaciones Económicas de la mencionada Caja reconoció a la docente la prestación solicitada, a partir del 15 de septiembre de 1977, o sea desde cuando consolidó los factores de edad y de tiempo de servicio de 20 años, pero con efectos fiscales a partir del 8 de octubre de 1981, por prescripción trienal. Esa liquidación se hizo con base en el

promedio de los factores salariales devengados por la actora durante el año que antecedió a la causación del derecho, comprendido entre el 15 de septiembre de 1976 y el 14 de septiembre de 1977.

Ante la inconformidad de la actora con el sistema de liquidación, ocurrió en apelación ante la Dirección General de la Caja con el propósito de que se modificara la resolución de la Subdirectora y se hiciera la liquidación de la prestación de acuerdo con el promedio de los factores salariales devengados por ella en su verdadero último año en que prestó sus servicios, comprendido entre el 1º de septiembre de 1984 y el 30 de agosto de 1984. Por Resolución 2398 de 20 de junio de 1985, la Dirección confirmó el acto impugnado, invocando la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sección Segunda) sobre el tópico.

Ahora bien: las disposiciones vigentes sobre pensión de jubilación ordenan que la prestación sea equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios. Tratándose de servidores *docentes,* como sucede en el caso de que se examina, por cuanto legalmente están en posibilidad de devengar pensión aun sin haberse retirado del cargo, devengándola conjuntamente con el salario o sueldo, ha surgido el interrogante acerca de cuál debe tomarse como último año de servicio a fin de establecer el promedio de la asignación, dado que no se ha producido el retiro efectivo.

Teniendo en cuenta que la pensión se comienza a devengar, en el caso de los docentes, cuando se cumplen los requisitos legales de edad y tiempo de servicio para obtenerla, es lógico que por "último año de servicios" se entienda el inmediatamente anterior a esa fecha. Es apenas obvio 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.

Conclúyese, entonces, que el procedimiento que empleó la Caja para liquidar la pensión de la señora María Aurora López, no es el permitido por la Ley. Si la actora se retiró definitivamente del servicio el 30 de agosto de 1984, lo procedente era efectuar dos liquidaciones: una con base en el promedio devengado a partir del 15 de septiembre de 1977 (fecha en que se consolidó el derecho a pensión) aunque con efectos fiscales apartir del 8 de septiembre de 1981 por la prescripción trienal, tomando los factores salariales correspondientes al año inmediatamente anterior a dicho 15 de septiembre de 1977. Y luego, una nueva liquidación,

prescindiendo de la anterior, con base en lo devengado entre el 1º de septiembre de 1983 y el 30 de agosto de 1984, para hacerla efectiva a partir de esa fecha, día de retiro definitivo del servicio.

En este orden de ideas es preciso concluir que los actos acusados incurrieron en dos errores: hacer una sola liquidación tomando como base la asignación promedio devengada para la época en que surgió el *status* de jubilada continuó trabajando; y aplicar a la pensión liquidada reajustes retroactivos que sólo proceden hacia el futuro y con la finalidad de actualizar la prestación de acuerdo con los factores indicados en la ley.

Por lo anterior, las resoluciones acusadas son anulables, pero sólo en cuanto se refiere al monto verdadero de la pensión y sus reajustes, puesto que la Caja no desconoce ni controvierte el derecho de la señora López a devengar pensión.

Ello obliga a la entidad a liquidar correctamente la prestación porque su reconocimiento ya se hizo, continúa en firme y obliga a su pago oportuno.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de 16 de junio de 1989, del Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar se dispone:

1º Decláranse parcialmente nulas las Resoluciones 05095 de 19 de abril de 1985 expedida por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, y 2398 de 20 de junio de 1985, de la Dirección de la mencionada entidad, por las que se reconoció a la señora María Aurora López de Ocampo una pensión mensual de jubilación, pero sólo en cuanto se refiere al monto de la prestación.

2º La Caja Nacional de Previsión Social, a título de restablecimiento del derecho, liquidará y pagará la pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora María Aurora López de Ocampo, a partir de la fecha en que para ella se causó -15 de septiembre de 1977-, de acuerdo con las pautas que se han explicado en la parte motiva de esta providencia.

3º Deniéganse las demás peticiones de la parte actora.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL / ESCALAFON JUDICIAL / FUNCIONARIO JUDICIAL - Estabilidad / INSCRIPCION EN CARRERA - Improcedencia

De conformidad con lo dispuesto en el Título III del Decreto 052 de 1987 el ingreso a la Carrera Judicial o el ascenso en ella deben hacerse mediante un proceso de selección por el sistema de mérito y que la calificación de servicios, entre otras cosas, determina la permanencia o retiro de él y del escalafón en carrera, lo que implica que los funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional que hayan accedido a su empleo mediante tales mecanismos, no requieren para su reelección participar en un nuevo concurso, por cuanto para ello, sólo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51 ibidem, tratándose de funcionarios, traen como consecuencia el que no puedan ser reelegidos. La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya escalafonados para continuar en el mismo cargo, es un corolario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a éste, no sólo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa inamobilidad de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado. Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonamiento anterior obtenido a raíz de haber superado un concurso previo para el mismo cargo y un período de prueba en el ejercicio de las funciones.

CARRERA JUDICIAL / ESCALAFON JUDICIAL / FUNCIONARIO JUDICIAL - Reelección / RESERVA MORAL

El Derecho del funcionario escalafonado a ser reelegido en el cargo que desempeñaba, cabe observar que no ha sido consagrado

en la ley, pues si la elección de jueces se realiza a través de votación de los integrantes del respectivo Tribunal al finalizar un período, es imposible garantizar que determinado candidato resulte necesariamente favorecido con los votos suficientes ya que el voto es libre y secreto.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 23 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 4131.

Autoridades Nacionales

Actores: Aldinever Rivera Echeverry y otros.

Aldinever Rivera Echeverry, Samuel Ramos Herrera, Isabel Londoño Ocampo, Miriam Martínez de Granja, José Libardo Ruiz Osorio, Héctor Ocampo Quintero, Amparo Gómez de Restrepo, Olma Cecilia Molano de López, Jaime Castro Lara, Fanny Moya de Serrano, Fabio Arbeláez Giraldo, Camilo Arnoby Morales Giraldo, Oscar Cardona Pérez, Gloria Sofía Mejía de Quintero, Hugo Flórez Mejía, Isabel Beatriz Orozco de Quinand, Gonzalo Flórez Moreno, Alberto Márquez Bedoya, Ariel Campuzano Cardona, Rudesindo Arévalo, Gloria Inés Aristizábal de Sánchez, Orlando Arias Lima, Gersain Echeverry García, Milciades Rey Velásquez, Edgar Osorio Nieto, José Gilberto Giraldo Gallón, Edgar Aristizábal Bustamante, Hernando Robledo Mora, Jesús María Zuluaga Aguilar, Luz Marina Gómez Casas, Holvey Martínez Velásquez, Amparo Bedoya Aristizábal, Alba Inés Toro Vargas, Gloria Inés García Castro, Martha Gladys Ballesteros López, Yolanda Buitrago de Correa, David Salazar Gutiérrez, Carlos Alberto Varela Ramírez, Marleny Puerta Aguilar, Omaira Fonseca Morales, Conrado García Tamayo, María Elena Vélez de Mejía, José Oscar Alvarez López, Mercedes Osorio Sierra, Eloísa Dussán de Morales, Alfredo Uribe Areiza, Yolanda Henao de Bautista, Holanda Gómez García, Arnoby Londoño Zapata, Germán Ruiz Alzate, María Consuelo Gallón Ospina, Mery Serna de Rodríguez, Roberto Zapata Gutiérrez, Carlos Estrada Ramírez, Florencia Vargas de Arbeláez, Yamid Antonio Jaramillo Trujillo, Carlos Alberto Arango Restrepo, Lucy Jiménez Delgado y Gloria Esperanza Jaramillo de Hernández, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", solicitan ante esta Corporación la declaración de nulidad de la

convocatoria realizada por el Consejo Seccional de la Carrera del Distrito Judicial de la ciudad de Armenia, de fecha 24 de octubre de 1988, para que los interesados se inscriban y participen en el concurso para la provisión de los cargos de jueces para el período constitucional que se inicia el 1º de septiembre de 1989; como pretensión subsidiaria se pide en el libelo declarar parcialmente nula dicha convocatoria en cuanto exige a los funcionarios escalafonados y a las personas vinculadas a la Rama Jurisdiccional participar en los cursos de capacitación mediante calificación de examen de conocimientos desde 0 hasta 50 puntos (Capítulo VI); y nulo el parágrafo del Capítulo VII de la misma convocatoria en el texto que dice:

"No podrá elegirse como Juez a persona en relación con la cual se manifiesten reservas morales sobre su conducta pública o privada."

Se solicitó además la suspensión provisional en prevención en el evento de que la Sala considerara que la reglamentación enjuiciada es un acto preparatorio o de trámite encaminado a producir un acto definitivo ilegal (fls. 29 y 30).

Las anteriores peticiones se apoyan en los siguientes,

HECHOS:

1. Que los demandantes, salvo contadas excepciones, fueron designados en propiedad para el período inicial el 1º de septiembre de 1987, que finalizaba el 30 de agosto de 1989, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, mediante Acuerdo número 028 de 16 de agosto de 1988.

2. Que así mismo el citado acuerdo dispuso en su artículo 2º la inscripción de todos los jueces designados en propiedad, en la carrera judicial.

3. Que por Acuerdo número 01 de 22 de septiembre de 1988 el Consejo Seccional de la Carrera Judicial del Distrito de armenia, inscribió en la carrera judicial a todos los actores, con excepción de tres.

4. Que no obstante encontrarse debidamente escalafonados en la carrera, dicho Consejo Seccional y el referido Tribunal Superior de manera conjunta convocaron a todos los interesados, incluyendo a los funcionarios vinculados a la Rama Jurisdiccional, a participar en el concurso para proveer los cargos de jueces en todos los municipios del distrito para el período que se inicia el 1º de septiembre de 1989.

5. Que en este asunto los funcionarios ya escalafonados en la carrera no tienen obligación de inscribirse ni concursar para ser reelegidos en el empleo que actualmente ocupan cuando se inicie el período el 1º de septiembre de 1989, a menos que estén inhabilitados o tengan dos calificaciones insatisfactorias.

6. Que de lo expuesto se determina que existen dos sistemas para el ingreso de la carrera judicial:

a) El de los funcionarios y empleados que para la fecha de vigencia del Decreto 052 de 1987 presentaron sus solicitudes de inscripción e ingresaron a la carrera con el solo análisis de los documentos allegados;

b) El aplicable a los aspirantes a ingresar que no están incorporados a la Rama Jurisdiccional, los cuales deberán someterse a todos los tramites señalados en la convocatoria acusada.

7. Que acorde con los artículos 48 y 50 del comentado decreto los funcionarios de la rama deberán ser calificados una vez al año, en los meses de abril y mayo, antes de procederse a su reelección.

8. Que, sin embargo, en el caso *sub judice,* según la convocatoria y antes de que se inicie el próximo período, apenas sí habrá oportunidad de que los aspirantes a la reelección sean calificados una sola vez.

9. Que por consiguiente aun en este último evento, el funcionario judicial tendría derecho a ser reelegido en el empleo desempeñado en propiedad, teniendo en cuenta que el inciso 2º del artículo 51 del Decreto 052 de 1987 establece que dos calificaciones insatisfactorias impiden la reelección.

10. Que además el acto de convocatoria enjuiciado consagró en el parágrafo del Capítulo VIII un nuevo impedimento para ser elegido juez, no contemplado en disposición legal alguna (fls. 30 a 33).

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas el libelo cita los artículos 1º, 5º, 6º, 21, 34, 39, 48, 51, 56, 60, 61, 62, 132, 134 y 135 del Decreto 052 de 1987; artículo 62 de la Constitución Política anterior.

El concepto de la violación se hace consistir, fundamentalmente, en que con base en los artículos 1º, 5º, 6 inciso 2; 21, 34, 39, 48 y 51 inciso 2, es fácil concluir que el estatuto de la carrera judicial contenido en tales

disposiciones sólo puede tener aplicación para quienes aspiren a ingresar al servicio o a ascender a un cargo de superior categoría; que los demás funcionarios vinculados a la Rama Jurisdiccional en propiedad e inscritos en la carrera tienen vocación para la reelección; que esa es la estabilidad otorgada por el artículo 1º del estatuto de carrera judicial susceptible de quebrantarse sólo por la obtención de dos calificaciones insatisfactorias; que como ya se dijo es imposible lograr al menos por el período que se inicia en 1º de septiembre de 1989, las dos calificaciones que ordena el artículo 48 del Decreto 052 de 1987, por lo que por esta razón la convocatoria impugnada infringe por aplicación indebida las normas invocadas; que los artículos 56, 57, 58, 59, 60, 61 y 62 de dicho decreto establecen las inhabilidades, incompatibilidades y faltas disciplinarias de los servidores de la Rama Jurisdiccional, motivo por el cual no es viable extenderse a otros casos no contemplados taxativamente sin violar en forma flagrante el artículo 31 de la Ley 153 de 1887; que así las cosas al determinar el parágrafo del Capítulo VIII de la convocatoria un nuevo caso que limita la capacidad para ser elegido en los cargos judiciales, el Consejo Seccional de la Carrera Judicial del Distrito de Armenia se torna en legislador extraordinario y, por ende, resulta violado el artículo 62 de la Constitución Política anterior; que finalmente en el caso *sub examine* fueron desconocidos los artículos 132, 134 y 135 del Decreto 052 de 1987, puesto que los demandantes ya habían ingresado a la carrera judicial por el sistema anterior a este estatuto y, por consiguiente, no les es aplicable (fls. 33 a 36).

El apoderado de la Nación (Ministerio de Justicia) en la contestación de la demanda (fls. 83 a 88), se opone a las pretensiones del libelo argumentando que el acto acusado se encuentra ajustado en su integridad a los lineamientos estatuidos en el Decreto 052 de 1987; que en el régimen de toda carrera funciona un sistema de control periódico sobre la eficiencia del escalafonado que se denomina calificación; que por tal razón no es absoluta la afirmación hecha por los demandantes de que los inscritos en carrera sean inamovibles, pues la garantía de permanencia en los empleos se debe a la eficiencia demostrada a través de la calificación; que en la carrera judicial de jueces y magistrados es necesario tener en cuenta el fenómeno del período fijo establecido en la Constitución Nacional, por lo que la carrera se condiciona a este período, lo cual no es incompatible, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia; que de conformidad con el contenido del libelo lo que no comparten los actores es que al vencimiento del período los jueces escalafonados tengan que concursar

para su propio cargo; que los jueces y magistrados de tribunales escalafonados tienen derecho a la estabilidad por la duración de sus correspondientes períodos, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 25 de junio de 1987, pero los nombramientos de estos funcionarios judiciales deben realizarse mediante concurso de méritos, como lo indica el artículo 5º del Decreto 052 de 1987; por lo que la convocatoria enjuiciada se ajusta a la ley, ya que impone a los jueces del Distrito Judicial de Armenia concursar para su propio cargo o para otro ante el vencimiento del período constitucional.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado opina que acorde con las disposiciones de la carrera judicial contenidas en el Decreto 052 de 1987, el proceso de selección dentro del cual aparece la etapa del concurso, únicamente se da para los casos de ingreso y ascenso, mas no para reelección con el propósito de permanecer en el empleo que se está desempeñando; que el juez de carrera que se encuentre ejerciendo el cargo en un determinado juzgado para el cual fue escalafonado no requiere concursar para permanecer en él, según lo prescrito en el artículo 39 del Decreto 052 de 13 de enero de 1987 (fls. 94 y 98).

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en asunto similar al que ahora conoce, en sentencia de 4 de agosto de 1992, Expediente número 4118, autoridades nacionales, Actor: Jesús Homero Duarte Arias. En tal oportunidad se analizó también si los jueces escalafonados en Carrera Judicial no debieron ser convocados a concurso para la provisión de los cargos que desempeñaban porque tienen derecho a la estabilidad y a ser reelegidos, salvo que hayan obtenido dos calificaciones insatisfactorias.

Al respecto se observa que de conformidad con lo dispuesto en el Título III del Decreto 052 de 1987 el ingreso a la Carrera Judicial o el ascenso en ella deben hacerse mediante un proceso de selección por el sistema de mérito y que la calificación de servicios, entre otras cosas, determina la permanencia o retiro de él y del escalafón en carrera, lo que implica que los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional que hayan accedido a su empleo mediante tales mecanismos, no requieren para su reelección participar en un nuevo concurso, por cuanto para ello, sólo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos

calificaciones insatisfactorias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 51 *ibidem*, tratándose de funcionarios, traen como consecuencia el que no puedan ser reelegidos.

La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya escalafonados para continuar en el mismo cargo, es un corolario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a éste, no sólo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa inamovilidad de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado.

Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonamiento anterior obtenido a raíz de haber superado un concurso previo para el mismo cargo y un período de prueba en el ejercicio de las funciones.

La Sala expuso este criterio en fallo de 13 de marzo de 1992, expediente número 4361, actor Juan Alberto Rodríguez Faccetti con ponencia del Magistrado doctor Joaquín Barreto Ruiz, que declaró la nulidad de los apartes de la convocatoria al concurso para jueces del Distrito Judicial de Montería publicada el 24 de agosto de 1988, convocatoria que también disponía que los jueces escalafonados en la carrera judicial debían concursar para la provisión de los cargos que desempeñaban.

En cuanto hace al derecho del funcionario escalafonado a ser reelegido en el cargo que desempeñaba, cabe observar que no ha sido consagrado en la ley, pues si la elección de jueces se realiza a través de votación de los integrantes del respectivo Tribunal al finalizar un período, es imposible garantizar que determinado candidato resulte necesariamente favorecido con los votos suficientes ya que el voto es libre y secreto.

Por otra parte, no es viable declarar la nulidad del parágrafo del Capítulo VIII de la convocatoria a concurso, que reza:

> "No podrá elegirse como Juez a persona en relación con la cual se manifiesten reservas morales sobre su conducta pública o privada."

Contrariamente a lo aseverado por los demandantes, no se trata de un impedimento nuevo no consagrado en la ley, sino de una causal de inelegibilidad prevista en el literal 8º del artículo 16 del Decreto 250 de 1970, por el cual se expidió el estatuto de la carrera judicial, que en efecto dispone:

Artículo 16. "No podrán ser designados para cargo alguno en la rama jurisdiccional ni en el Ministerio Público, a cualquier título:

...

8. Las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no observan una vida pública y privada compatible con la dignidad del cargo".

En este orden de ideas, la Sala accederá parcialmente a las súplicas impetradas.

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

FALLA:

1. Declárase nulo el acto de convocatoria a concurso de la carrera judicial para ingreso o ascenso a cargos de jueces de la República, expedido por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial del Distrito de Armenia, en forma conjunta con el Tribunal Superior, para el período que se inició el 1º de septiembre de 1989, únicamente en los siguientes apartes:

Capítulo V. Inscripción a concurso.

En su totalidad la "Opción 1. juez escalafonado que sólo aspire a ser reelegido en su propio cargo".

La siguiente expresión de la "Opción 2. juez escalafonado que aspire a ser reelegido en su propio cargo".

Capítulo VI. Características del Concurso. Examen de conocimientos; desde 0 hasta 50 puntos.

La frase que dice: "Los funcionarios escalafonados que concursen para su propio cargo, tendrán un punto por cada dos puntos obtenidos en la evaluación".

Capítulo VIII. Elección.

1. La frase que dice: "... y haya participado en el concurso para dicho cargo".

2. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 4 de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO / DESTITUCION - Procedencia

Existió negligencia del demandante en el oportuno cumplimiento de sus funciones en este asunto, negligencia que permitió finalmente que en su ausencia no se efectuara dentro de los términos legales las notificaciones de las liquidaciones de revisión a que se ha hecho referencia, con grave perjuicio para los intereses del Estado. Es preciso no olvidar que la administración tenía un término de dos años y no de dos días para practicar la liquidación de revisión y que el demandante era el Jefe de la División de Liquidación. Las faltas por las cuales fue sancionado el actor tuvieron plena ocurrencia y por tanto no puede hablarse de falsa motivación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 23 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 4391.

Decretos del Gobierno.

Actor: Francisco Orlando Arboleda Mayor.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de diciembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

El señor Francisco Orlando Arboleda Mayor controvirtió ante el Tribunal la legalidad de los Decretos 3510 de 28 de diciembre de 1983 y 1105 de 14 de mayo de 1984 expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales se le destituyó del empleo de Jefe de División 2040-08 de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali de la Dirección General de Impuestos Nacionales del

Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se le inhabilitó para el ejercicio de cargos públicos por el término de un año. Solicitó también el consiguiente restablecimiento del derecho.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del conocimiento, denegó las súplicas impetradas aceptando el concepto de su colaborador fiscal, según el cual no asiste la razón al apoderado del actor en sus pretensiones, pues la sanción aplicada a éste fue el resultado del proceso disciplinario que se llevó a cabo en su contra con plena observancia del procedimiento legal establecido y en virtud de las irregularidades en que incurrió en el ejercicio de sus funciones, las cuales fueron ampliamente demostradas en dicho proceso; dice el Tribunal que la prueba testimonial recaudada saca avante la afirmación contenida en la parte motiva del Decreto impugnado 3510 de 1983; que los miembros de la comisión de personal del organismo encontraron probados los cargos formulados, califican la falta disciplinaria como grave y recomiendan que el demandante debe ser destituido e inhabilitado para el desempeño de cargos públicos por el término de un año; que no constituye argumento válido el que por ser usual que las notificaciones de las liquidaciones a los contribuyentes se efectuaran el último día mediante su entrega a la Administración Postal Nacional, las de las sociedades Carvajal S.A. y Colgate Palmolive y Cía. debieran hacerse en esa forma, sin reparar en que se había acordado tenerlas listas para su notificación con antelación al último día de notificación; que en este asunto no se intentó la notificación por uno u otro medio (Adpostal o en forma personal) con anterioridad al 7 de enero de 1983, o aun en la misma fecha por ser el último día o bien porque como lo expresa uno de los declarantes había tiempo para hacerlo en el resto de la tarde de ese día, en operación que no habría tardado más de quince o veinte minutos; que en el caso *sub judice* se dirá que el actor no estaba al frente de su cargo por incapacidad médica y por consiguiente no le correspondía asumir tal actuación; que no obstante lo anterior, las obligaciones del demandante para con la entidad donde trabajaba existían con antelación a la fecha en que le fue concedida la incapacidad médica, época en la que estaban en curso y al borde de su culminación las liquidaciones y notificaciones a las citadas sociedades; que en este asunto el actor debió estar atento para evitar los resultados que por su desinterés y negligencia se obtuvieron; que estos resultados acreditan que no hubo diligencia, vigilancia y salvaguardia de los intereses del Estado por el actor, menos aun cabal ejercicio de su

autoridad para con sus subalternos en lo atinente al cumplimiento de sus tareas; que el Tribunal comparte, igualmente, las conclusiones a que llegó la agencia del Ministerio Público en el sentido de que no aparece acreditado en el proceso que la sanción impuesta al demandante se apoyara en motivos falsos como lo afirma el apoderado de éste y, por consiguiente, no hay razón legal de ninguna naturaleza para decretar la nulidad de los decretos enjuiciados que están amparados por la presunción de legalidad (fls. 286 a 303 cdno. ppal.).

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el extenso escrito contentivo del recurso de apelación (fls. 327 a 356 cdno. ppal.), la parte actora solicita se revoque el fallo apelado y se acceda a las pretensiones del libelo.

Sostiene el recurrente que en el caso *sub examine* hubo una limitación de los testimonios pedidos en el libelo; que los hechos sobre los cuales debían declarar los testigos renuentes han quedado probados con otras declaraciones y documentos aportados durante el período probatorio; que en ninguna parte del concepto fiscal se encuentra un examen crítico de las pruebas allegadas al proceso; que el *a quo* acoge los planteamientos de la agencia del Ministerio Público que son los mismos que presentó la apoderada de la entidad pública demandada en el alegato de conclusión; que la sentencia recurrida no contiene una relación concreta de los distintos medios de prueba aportados al proceso ni la crítica que le merecen al fallador de primera instancia; que los testimonios y documentos allegados son contundentes para desvirtuar los cargos presentados contra el actor; que para sancionar a éste la administración le atribuyó unas faltas disciplinarias calificadas como graves, que nunca cometió, por las circunstancias de hecho que se exponen en el comentado recurso de apelación, atinentes al vencimiento del plazo para notificar las liquidaciones de revisión de las sociedades Carvajal S.A. y Colgate Palmolive y Cía.: licencia por enfermedad otorgada al demandante, encargo de funciones a otro empleado como Jefe de la División de Liquidación, presunto viaje del actor a la lista de San Andrés y acta número 001 de 7 de enero de 1983 suscrita por tres funcionarios de la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Cali; que la máxima sanción que le fue impuesta constituye una violación a principios generales de derecho como el de racionalidad, justicia, igualdad y proporcionalidad, que son presupuestos lógicos necesarios de las disposiciones jurídicas.

SECCION SEGUNDA

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado manifiesta en su concepto que como el mismo libelista lo señala, es evidente que en este asunto para llegar a la destitución del actor se cumplió a cabalidad con todo el procedimiento estatuido en el Decreto 1950 de 1973; que por ende resulta procedente en este caso analizar únicamente los aspectos de carácter sustancial; que acorde con el acervo probatorio aportado al proceso se puede concluir que si bien es cierto el demandante actuó en forma negligente, ya que dejó para último momento la notificación de las liquidaciones de revisión que estaba obligado a realizar, no lo es menos que también concurrieron circunstancias y factores ajenos a su voluntad, que impidieron el cumplimiento de sus obligaciones, como la incapacidad para trabajar concedida por la entidad de previsión correspondiente; que era obligación del funcionario encargado de cumplir con las funciones del actor llevar a cabo las notificaciones de rigor; que basta una simple lectura del acta número 01 de 7 de enero de 1983, que verdaderamente fue suscrita el día 10 del mismo mes y año, para probar que ella no fue firmada por el actor, razón por la cual el cargo formulado al respecto debió ser desechado; que tal vez pudo sugerir a los empleados que la suscribieron la expedición del acta, sin que esto signifique que la responsabilidad por tal motivo radique en él, que en síntesis, de conformidad con el concepto dado por la Jefe de la División de Inspección de la Dirección General de Impuestos Nacionales, la sanción disciplinaria que ha debido aplicarse no era la destitución, ya que en el caso *sub lite* concurrieron aspectos atenuantes de la responsabilidad, sino la suspensión en el desempeño del cargo, pena proporcional a las faltas cometidas; que en estas condiciones el fallo recurrido amerita ser revocado y, en su lugar, debe accederse a las súplicas de la demanda (fls. 376 a 362 cdno. ppal.).

Procede la Sala a decidir previas, las siguientes,

CONSIDERACIONES:

De los elementos de juicio obrantes en autos se deduce que la administración de Impuestos Nacionales abrió investigación disciplinaria, por queja presentada por el actor contra un funcionario subalterno suyo, el señor Hernando Duque Ospina, quien tenía bajo su cargo los expedientes de las sociedades "Carvajal S.A." y "Colgate Palmolive y Cía.", correspondientes al cuarto bimestre de 1980, para que se llevaran a cabo las respectivas liquidaciones de revisión del impuesto a las ventas las cuales debían notificarse a más tardar, según las disposiciones tributarias

pertinentes, el 7 de enero de 1983, fecha en la que no pudo utilizarse el correo de la Administración Postal Nacional, por no encontrarse este establecimiento público laborando.

Los funcionarios de la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Cali que para el 7 de enero de 1983 tenían bajo su responsabilidad adelantar los trámites pertinentes para realizar las notificaciones de dichas liquidaciones oportunas, quisieron hacerlo a través del servicio de correo aéreo que presta la empresa Avianca, lo cual no fue posible por no contar ésta con servicio urbano; pero no intentaron hacerlas en forma personal, lo que trajo como consecuencia que hasta el 10 de enero de 1983, puesto que los días 8 y 9 de este año fueron festivos, se realizaran cuando los términos legales ya estaban vencidos.

Como resultado de la investigación el demandante resultó involucrado, habiendo sido destituido del empleo que desempeñaba como Jefe de la División de Liquidación, toda vez que se consideró que también recaía sobre él la responsabilidad por las irregularidades en que incurrió la citada dependencia a su cargo en las notificaciones aludidas, entre otras razones, por negligencia en el ejercicio de sus funciones.

Como lo anota la agencia del Ministerio Público, sólo resulta procedente en el caso *sub judice* analizar los aspectos de carácter sustancial que dieron origen a la sanción disciplinaria de destitución, puesto que no existe reparo alguno por la parte actora al procedimiento administrativo previo a la sanción.

Sobre el particular el actor en la demanda manifiesta:

"Estamos muy bien que para llegar a la destitución del doctor Francisco Orlando Arboleda Mayor se cumplieron los requisitos de forma establecidos en el Decreto 1950 de 1973, pero analicemos con qué mala intención se desarrolló la investigación, en el afán de perjudicar a mi mandante" (fl. 40 cdno. ppal.).

Consta en el proceso que para el 7 de enero de 1983 en que vencía el término para las notificaciones de las liquidaciones de revisión de las mencionadas sociedades, el demandante estaba incapacitado para laborar, de conformidad con certificado expedido por la Caja Nacional de Previsión (fl. 278 cdno. 3); que mediante Resolución 003 de 5 de enero de 1983 suscrita por el Director de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali se asignaron las funciones de Jefe de la División de Liquidación al funcionario Leonel Salazar Pineda por el término de la

incapacidad laboral concedida al actor (fl. 242 cdno. 3); que para el día 7 de enero de 1983 la Administración Postal Nacional no se encontraba prestando sus servicios de correo, por autorización de la Presidencia de la República (fl. 324 cdno. 3).

Observa la Sala, sin embargo, que aun cuando formalmente la incapacidad concedida por un hermano del actor no resulte objetable, sí es por lo menos sospechoso el procedimiento utilizado, pues consta en el expediente que el señor Arboleda Mayor solicitó por urgencias servicio extra en el Hospital Universitario del Valle (fl. 73), precisamente cuando su hermano estaba de turno. Lo lógico y correcto hubiera sido que la enfermedad y consiguiente incapacidad estuviera certificada por otro médico al servicio de la entidad, y no por su hermano, ginecólogo de turno. Además si se trataba de bronquitis aguda, no era previsible tan rápido restablecimiento.

Los hechos descritos podrían a primera vista llevar a la conclusión de que al demandante no le cabría responsabilidad disciplinaria, porque para ese día se encontraba incapacitado para trabajar, y en virtud de que se habían asignado las tareas de Jefe de la División de Liquidación al señor Salazar Pineda; sin embargo, la Sala apartándose del concepto fiscal, considera que, como lo plantea el *a quo* en la sentencia apelada, existió negligencia del demandante en el oportuno cumplimiento de sus funciones en este asunto, negligencia que permitió finalmente que en su ausencia no se efectuaran dentro de los términos legales las notificaciones de las liquidaciones de revisión a que se ha hecho referencia, con grave perjuicio para los intereses del Estado.

Es preciso no olvidar que la administración tenía un término de dos años y no de dos días para practicar la liquidación de revisión y que el demandante era el Jefe de la División de Liquidación.

En efecto, era deber del señor Francisco Orlando Arboleda Mayor haber previsto y exigido con la suficiente antelación a su personal subalterno, que se realizaran las liquidaciones de revisión para que pudieran ser notificadas oportunamente y no el día de su vencimiento.

Observa la Sala que desde enero 30 de 1980 el Comité Técnico -Area de Determinación- había establecido por acta número 003 unos plazos prudenciales para que la División de Liquidación pudiera cumplir al proceso de liquidación (fl. 5 cdno. ppal.), que correspondía dirigir al demandante, como se acepta en el libelo (fl. 35 *ibidem*).

En la declaración rendida por el señor Gilberto López Grisales (fls. 195 a 199 *ibidem*) consta que se había acordado así mismo un término prudencial con la Auditoría Externa para el trámite de los respectivos expedientes antes del vencimiento de la liquidación privada (fl. 197 *ibidem*).

Asiste, por tanto, razón a la apoderada de la Nación cuando en escrito que obra a folios 240 a 267 del cuaderno principal afirma que:

> "La negligencia tuvo ocurrencia porque él conocía con mucha antelación el proceder de su subalterno, debiendo exigirle el cumplimiento del plazo fijado para la entrega de las liquidaciones que fue el 30 de diciembre de 1983. Si su actividad al respecto quedó corta, tiene que acarrear las consecuencias porque su obligación era preveer (sic) lo previsible.
>
> El que no estuviera en la oficina, el 7 de enero de 1983, último día legal para la notificación de las liquidaciones, sí lo hace responsable (fl. 248 *ibidem*). Y más adelante añade que 'de otra parte, debió preveer (sic) que el funcionario que dejó encargado de la División de Liquidación no era lo suficientemente recursivo para notificar las liquidaciones en forma personal o hacer frente a situaciones de decisión inmediata' " (fl. 260 *ibidem*).

Los planteamientos anteriores llevan a la convicción de que las faltas por las cuales fue sancionado el actor tuvieron plena ocurrencia y por tanto no puede hablarse de falsa motivación de los actos acusados. En consecuencia la decisión del Tribunal se ajusta a derecho y está acorde con el acervo probatorio allegado al proceso, por lo que la sentencia de 19 de diciembre de 1988 deberá ser confirmada.

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, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 19 de diciembre de 1988, en el proceso instaurado por el señor Francisco Orlando Arboleda Mayor.

Reconócese al doctor Libardo Aguilar Ortiz como apoderado de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 383 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de marzo de 1993.

Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTARIO / EDAD DE RETIRO / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

La frase impugnada sí constituye una excepción a la regla general que ordena el retiro forzoso de los notarios cuando lleguen a la edad de 65 años; pues si los nombrados en propiedad no debieran retirarse al cumplir esa edad, sino posteriormente cuando termine el período, ello significaría ni más ni menos que para tales funcionarios no regiría la ley, sino el reglamento; de donde es fácil concluir que éste sí pretendió excluirlos de la regla establecida por el legislador, lo cual se traduce precisamente, en consagrar una excepción. **Declara la nulidad de la frase "salvo que se trate de un notario en propiedad caso en el cual podrá terminar el período en curso"** *del artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, expedido por el Gobierno Nacional.*

COSA JUZGADA - Inexistencia

Ni el demandante esgrimió concepto alguno específico de violación de normas en relación con la frase aquí impugnada, ni el Consejo de Estado hizo lo propio. Todo el contexto de la sentencia está dirigido a demostrar que los notarios son empleados públicos y como consecuencia sometidos a la edad de retiro forzoso de 65 años. No existe la menor referencia en dicha providencia sobre la aludida frase, distinta de la implícita contenida en la parte resolutiva y del relato de la petición. Luego, la omisión en que se incurrió al negar una nulidad pedida sin consideración específica que le dé sustento no puede servir de apoyo a la excepción de cosa juzgada. Pero, sobre todo, para la Sala no existe identidad de objeto ya que aquí no se está juzgando la validez del artículo 49 del Decreto 717 de 1974, sino la frase final del artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, que son dos actos administrativos, expedidos por funcionarios diferentes y con vigencia en el tiempo también diferente, hasta el

punto que su frase final se agota al expirar el respectivo período en curso.

NOTARIO - Régimen Aplicable / EDAD DE RETIRO

Los notarios si están sometidos a retiro forzoso por edad, a términos del artículo 137 del Decreto 960 de 1970, según el cual "no podrán ser designados en propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso, sea en el notariado, sea en la administración pública, sea en la de la justicia o en el Ministerio Público...". Dicho artículo 137 está vigente, porque de una parte, no fue expresamente derogado por el Decreto Extraordinario 2163 de 1970 ni por la Ley 29 de 1973, y de otra, ninguno de tales estatutos contiene norma que le sea contraria. Declara la nulidad de la frase "salvo que se trate de un notario en propiedad caso en el cual podrá terminar el período en curso", del artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 23 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Joaquín Barreto Ruiz.*

Ref.: Expedientes números 4834, 4889 y 5348.

Procesos Acumulados.

Decretos del Gobierno.

Actores: Carlos Galindo Pinilla, Manuel Ignacio Galvis Esteban y Jorge Hennessey.

Los ciudadanos Carlos Galindo Pinilla (Exp. 4834) y Jorge Hennessey (Exp. 5348) presentaron sendas demandas con el fin de que se declare que es nulo el artículo 1º del Decreto 3047 del 29 de diciembre de 1989, cuyo texto es el siguiente:

"Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios, la edad de 65 años. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, salvo que se trate de un notario en propiedad caso en el cual podrá terminar el período en curso.

A su vez, el ciudadano Manuel Ignacio Galvis Esteban (Exp. 4889), impetró la nulidad de la frase final del mismo artículo, que dice: '...

salvo que se trate de un notario en propiedad caso en el cual podrá terminar el período en curso'."

El fundamento jurídico de la demanda presentada por el ciudadano Carlos Galindo Pinilla consiste en tres cargos de nulidad que se resumen así:

Primer cargo: *Violación de los artículos 188, 76, numerales 9º y 10, 62, 132 y 55 de la Constitución Política de 1886.*

Se afirma que el Estatuto Fundamental atribuye al legislador la competencia privativa para establecer las causales de retiro forzoso de los servidores públicos y para señalar la edad como una de tales causales, así como la de señalar cuál ha de ser esa edad; que si el Gobierno en ejercicio de sus atribuciones puramente ejecutivas asume esa competencia legislativa, no sólo quebranta aquellas disposiciones sino el ordenamiento de la separación de funciones en las ramas del poder público; que la competencia del legislativo es aún más perentoria tratándose del servicio público de notariado respecto del cual la Constitución estatuye una norma específica; que el decreto impugnado tiene carácter reglamentario por haber sido expedido en ejercicio de la atribución que le confiere al Gobierno el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política para la cumplida ejecución de las leyes, por lo cual resulta evidente que aquél fue dictado por el Gobierno en ejercicio de sus facultades ejecutivas ordinarias y no en ejercicio de atributos extraordinarios de los cuales tampoco estaba investido.

Segundo cargo: *Violación del numeral 3º del artículo 120 de la anterior Constitución.*

Se afirma que la potestad reglamentaria que contempla la disposición invocada, presupone la existencia de la norma legal a reglamentar, la cual, constituye su marco jurídico, intraspasable, por lo cual repugna a este tipo de potestad reglamentaria que, so pretexto de ejercerla, se trate de estatuir sobre lo que la ley no estatuyó o pretenda prescribir más allá o en menor medida de lo prescrito en la norma superior que se debe desarrollar; que en el presente caso el Gobierno dijo hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en la norma violada, pero que la verdad es que al dictarse el decreto acusado y en particular el artículo 1º, señaló una edad de retiro forzoso, cuando es lo cierto que la ley vigente no tiene prevista esta causal para ese tipo de retiro, ni mucho menos hace alguna determinación; que tan evidente es lo dicho que, si la ley hubiese previsto al respecto, no

habría sido inocua la determinación por vía reglamentaria porque el legislador ya la había señalado; que en conclusión al expedirse el acto acusado el Gobierno asumió una competencia legislativa y desbordó el marco de su propia competencia.

Tercer cargo. *Violación del artículo 22 de la Ley 29 de 1973 y en general del Estatuto de Notariado.*

Se afirma que este Estatuto no prevé el retiro forzoso por edad, ni menos contiene la determinación o señalamiento de tal edad.

A continuación el demandante presenta una secuencia de la evolución legislativa sobre la edad de retiro, desde la expedición del Decreto extraordinario 960 de 1970, pasando por el Decreto extraordinario 2163 de 1970, hasta llegar a la Ley 29 de 1973, refiriéndose, además a los Decretos reglamentarios 717 de 1974 y 2148 de 1983, alrededor del cual relata que se encuentra impugnado en esta Sección, radicado bajo el número de reconstrucción 281.

Afirma el demandante que la Ley 29 de 1973 derogó el carácter de funcionarios públicos que se les había otorgado a los notarios al considerar que, aun siendo el notariado un servicio público, éste sería prestado por los notarios quienes no tendrían el carácter de empleados públicos; dice que a tal conclusión se llega de lo estatuido en el artículo 1º de la ley y de la expresa derogación de los artículos 3º y 4º del Decreto 2163 de 1970; que como consecuencia, al desaparecer el carácter de funcionarios públicos de los notarios, dejó de ser posible la aplicación para ellos del estatuto común de los empleados públicos y, por ende, la aplicación de la edad de retiro forzoso de 65 años, prescrita en el Decreto 2400 de 1968.

La demanda presentada por el ciudadano Manuel Galvis Esteban, en relación con la nulidad de la frase transcrita, se sustenta jurídicamente en la violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política, consistente en que el Gobierno está facultado únicamente para expedir las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, y no para modificarlas ni reformarlas como ha sucedido en este caso, al establecer una excepción para quienes ejercen el cargo en propiedad, desvirtuando así el límite de edad de retiro forzoso que se consagró como precepto general.

A su vez la acción promovida por el ciudadano Jorge Hennessey contiene seis argumentos contra la norma acusada, así:

Los dos primeros, son en esencia similares a los cargos primero y segundo formulados por el ciudadano Carlos Galindo Pinilla.

En el tercero, para aclarar que la legislación sobre notariado no contempla norma sobre causal de retiro por edad, ni su determinación, se transcribieron apartes del concepto de algunos distinguidos abogados consignados en una demanda que según se afirma cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, presentada el 13 de noviembre de 1987 (fls. 38 a 40).

En el cuarto, se transcriben apartes de una providencia de suspensión provisional de fecha 18 de junio de 1984, en proceso tramitado en esta Sección (fls. 40 y 41).

En el quinto argumento, relata el demandante que el Ministerio de Justicia presentó un Proyecto de ley, el número 107 de 1989, en el que se consagra como edad de retiro forzoso para los notarios la de 65 años, y pregunta que si ya estaba fijada dicha causal en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, ¿para qué presentaba el Ministerio de Justicia el mencionado proyecto? Y responde, sencillamente porque el ejecutivo y el legislativo son conscientes de que el Decreto 2400 de 1968 no se puede aplicar a los notarios.

Y en el sexto, refuta el demandante los argumentos de la Superintendencia de Notariado y Registro al contestar la demanda presentada por el ciudadano Carlos Galindo Pinilla.

SUSPENSION PROVISIONAL

La Sala, mediante autos del 30 de abril de 1990 y enero 29 de 1991, decretó la suspensión provisional de la frase impugnada por el demandante Manuel Ignacio Galvis Esteban en el proceso 4889 en que es actor y en el proceso 5348 promovido por Jorge Hennessey (fls. 76 a 90 y 47 a 50, respectivamente), que dice:

> "... salvo que se trate de un notario en propiedad caso en el cual podrá terminar el período en curso."

Parte impugnadora. En el proceso 4889, en el que el demandante el ciudadano Manuel Ignacio Galvis Esteban, se constituyó como parte impugnadora el ciudadano Bernardo Ortiz Amaya; y en el proceso 4834, hizo lo propio la ciudadana Elsa Lucía Ahumada Copete, quien estimó que la frase anteriormente transcrita no debería anularse, por las razones expuestas a folios 32 a 36.

SECCION SEGUNDA

LA VISTA FISCAL

Dentro del proceso 4834 (fls. 65 a 68) el Ministerio Público, por conducto de la antigua Fiscalía Novena conceptuó desfavorablemente a las súplicas de la demanda. En igual sentido lo hizo la Procuraduría Delegada Cuarta ante el Consejo de Estado, a folios 110 a 119 del proceso 5348.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. *Las acciones de los demandantes Carlos Galindo Pinilla y Jorge Hennessey.*

El tema sometido a la consideración de la Sala no es nuevo, debido a que tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como esta Sección, han tenido oportunidad de pronunciarse; aquélla, mediante la sentencia del 22 de octubre de 1981 (Anales, 2º semestre de 1981, pp. 219 a 227), y la Sección Segunda, en sentencia de fecha 14 de mayo de 1990 (fls. 2 a 36 del proceso 5348).

Al estudiar nuevamente el asunto, la Sala concluye:

Los notarios sí están sometidos a retiro forzoso por edad, a términos del artículo 137 del Decreto 960 de 1970, según el cual "no podrán ser designados en propiedad quienes se hallen en condiciones de *retiro forzoso,* sea en el notariado, sea en la administración pública, sea en la de la justicia o en el Ministerio Público..." (el destacado no es del texto).

Dicho artículo 137 está vigente, porque de una parte, no fue expresamente derogado por el Decreto extraordinario 2163 de 1970 ni por la Ley 29 de 1973, y de otra, ninguno de tales estatutos contiene norma que le sea contraria.

Por consiguiente, cuando el mencionado artículo 137 impide el nombramiento como notario de quien se encuentre en situación de retiro forzoso conforme al régimen del notariado, de la administración pública, de la de justicia o del Ministerio Público, está extendiendo a los notarios las causales de retiro forzoso contenidas en dichos regímenes, entre las que se encuentra la edad de 65 años prevista en el artículo 31 Decreto 2400 de 1968.

Por ello, como lo dijo la Sala Plena, "es obvio que si quienes se encuentran en tal estado no pueden ser designados notarios en propiedad, quienes lleguen al mismo estado encontrándose en servicio tendrán que separarse de él" (Anales citados).

La Sala agrega a lo anterior los mandatos concordantes, igualmente vigentes, de los artículos 181 y 182 del mismo Decreto 960 de 1970, que también se refieren al retiro forzoso.

Entonces, es evidente que el Gobierno Nacional sí podía ejercer su potestad reglamentaria para hacer explícito el mandato del mencionado artículo 137, no siendo en tales condiciones atinadas las acusaciones de las demandas en estudio.

De otro lado, advierte la Sala, en esta ocasión, que ante la anterior conclusión, huelga el estudio de si los notarios son o no funcionarios o empleados públicos, precisamente porque las condiciones de retiro forzoso a que están sometidos por mandato de la ley no dependen de aquella condición, sino simplemente de ser notarios.

Consecuentemente, la Sala negará la nulidad solicitada por los mencionados demandantes.

2. *La acción de nulidad del ciudadano Manuel Ignacio Galvis Esteban.*

En el auto de suspensión provisional de la frase impugnada, tuvo la Sala oportunidad de verificar que evidentemente la salvedad allí establecida es consagratorio de una excepción a la regla general del retiro forzoso, que no podía el Gobierno estatuirla por medio del Decreto 3047 de 1989, sin infringir el artículo 182 del Decreto 960 de 1970, que no la contiene.

Además, contrariamente a lo alegado por el impugnador de esta acción, reitera aquí la Sala su criterio en torno a que la frase impugnada sí constituye una excepción a la regla general que ordena el retiro forzoso de los notarios cuando lleguen a la edad de 65 años; pues si los nombrados en propiedad no debieran retirarse al cumplir esa edad, sino *posteriormente* cuando termine el período, ello significaría ni más ni menos que para tales funcionarios no regiría la ley, sino el reglamento; de donde es fácil deducir que éste sí pretendió excluirlos de la regla establecida por el legislador, lo cual se traduce precisamente, en consagrar una excepción.

Finalmente, en cuanto a la figura de *cosa juzgada* propuesta por el impugnador y, que la sustenta diciendo que la misma norma contenida en la frase cuya nulidad se impetra, había recibido sentencia desestimatoria por la Sala Plena, al negar la nulidad del artículo 46 del Decreto 617 de 1974, existiendo a juicio de aquél, identidad de objeto y de *causa petendi*

porque en ambos procesos se planteó la violación del numeral 3º del artículo 120 de la anterior Constitución, observa la Sala, lo siguiente:

a) Los alcances de la sentencia de la Sala Plena del 22 de octubre de 1981, no pueden extraerse simplemente de su parte resolutiva y de un párrafo de sus consideraciones, sino que debe atenderse a toda la sentencia, en orden a verificar la *causa petendi* (normas invocadas como violadas y concepto de violación) y todas las consideraciones de la providencia.

Pues bien, ni el demandante esgrimió concepto alguno específico de violación de normas en relación con la frase aquí impugnada, ni el Consejo de Estado hizo lo propio. Todo el contexto de la sentencia está dirigido a demostrar que los notarios son empleados públicos y como consecuencia sometidos a la edad de retiro forzoso de 65 años. No existe la menor referencia en dicha providencia sobre la aludida frase, distinta de la implícita contenida en la parte resolutiva y del relato de la petición. Luego, la omisión en que se incurrió al negar una nulidad pedida sin consideración específica que le dé sustento, no puede servir de apoyo a la excepción de cosa juzgada propuesta;

b) Pero, sobre todo, para la Sala no existe identidad de objeto ya que aquí no se está juzgando las validez del artículo 49 del Decreto 717 de 1974, sino la frase final del artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, que son dos actos administrativos, expedidos por funcionarios diferentes y *con vigencia en el tiempo también diferente,* hasta el punto que su frase final se agotaba al expirar el respectivo período en curso.

Consecuentemente, se negará la excepción propuesta y se declarará la nulidad de la frase impugnada.

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

FALLA:

1. *Declárase* que es nula la frase "salvo que se trate de un notario en propiedad caso en el cual podrá terminar el período en curso", del artículo 1º del Decreto 3047 de 1989 expedido por el Gobierno Nacional.

2. Deniéganse las demás peticiones de las demandas formuladas por los demandantes Carlos Galindo Pinilla y Jorge Hennessey en relación con el mismo decreto.

3. Deniégase la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte impugnadora.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia la discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 4 de marzo de 1993.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte, Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Alvaro Díaz Granados Goenaga, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO DEPARTAMENTAL / PROCESO DISCIPLINARIO - Régimen Aplicable / ANALOGIA / SANCION DISCIPLINARIA / DESTITUCION - Improcedencia

A falta de estatuto disciplinario, alguno debe aplicarse, aun por analogía, porque no puede haber vacío jurídico en esta materia; y solamente con la expedición de la Ley 4ª de 1990 se hizo extensiva a los departamentos la Ley 13 de 1984 así como su Decreto reglamentario 482 de 1985. Si el demandante invocó como transgredido el decreto departamental y éste no ha sido anulado ni suspendido por la jurisdicción, debe aceptarse su vigencia. Es decir, que para acoger las pretensiones del actor no era necesaria la inaplicación departamental del Decreto. Al actor se le acusó de haber cometido delitos contra la administración pública y causado grave perjuicio económico al Departamento. Pero la realidad que muestra el expediente, es que el Juez Penal ante quien fue denunciado no encontró mérito para abrir investigación en su contra; que no es claro el deslinde de responsabilidades, entre la que cabe al actor y la que corresponde a administraciones anteriores. Y que, precisamente por no habérsele probado plenamente la comisión de faltas graves, no ha debido aplicarse la sanción de destitución, sino quizás una más leve.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 23 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 4960.

Autoridades Departamentales.

Actor: Oscar Gómez Pastor.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el departamento de Antioquia, mediante apoderado, contra la sentencia de 19 de enero de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento, en el proceso promovido por Oscar Gómez Pastor a fin de obtener la nulidad de las Resoluciones 00312 de 21 de diciembre de 1987 y 0003 de 15 de enero de 1988 de la gobernación del mencionado departamento, mediante las cuales fue destituido del cargo de Jefe de la División de Vivienda, adscrita a la Dirección de Relaciones Laborales de la Secretaría de Servicios Administrativos de esa entidad territorial.

LA SENTENCIA

El Tribunal accedió a las súplicas del demandante, por cuanto consideró que los actos impugnados carecen de fundamento jurídico en razón de que el Decreto Departamental 2193 de 1984 es inaplicable al caso controvertido porque regula el régimen disciplinario de los empleados del citado departamento, y conforme con lo preceptuado en el artículo 62 de la anterior Constitución Política, corresponde a la ley determinar lo referente a la responsabilidad de los funcionarios y el modo de hacerla efectiva. "Y, según lo establecido en el artículo 5º del plebiscito de diciembre 1º de 1957, los funcionarios que tengan la 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..." (fl. 207).

De otra parte, el *a quo* estimó que aun admitiéndose la aplicabilidad del citado decreto, al aceptarse parcialmente los descargos del actor, se redujeron los cargos que se le endilgaron a la violación de los deberes relacionados con la recaudación de los dineros que debían ingresar al Fondo de Vivienda, falta que constituye ineficiencia en el desempeño de las funciones y que no amerita, por lo general, la imposición de la sanción de destitución, como lo destacó el Fiscal de esa Corporación.

Por último señala, que "los cargos fueron totalmente desvirtuados durante el proceso, como se infiere de la abundante prueba testimonial y documental, analizada y relacionada bajo el numeral 3º" (fl. 216).

EL RECURSO

Al sustentar la apelación la apoderada del Departamento después de señalar que para los empleados departamentales no existe normatividad que regule el régimen disciplinario, indica que la Gobernación de

Antioquia, por esa razón, expidió el Decreto 2193 de 1984, estatuto que se ciñe a las pautas que en materia de administración de personal oficial consagran la Ley 4ª de 1913, los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y otras disposiciones de orden legal. Que con base en dicho decreto se adelantó el proceso disciplinario contra el actor, el cual culminó con la imposición de la sanción de destitución.

Cuestiona luego la facultad del *a quo* para ejercer el control exceptivo prescrito en el artículo 215 de la anterior Constitución Política, pues la jurisdicción contencioso-administrativa, en su sentir, "está organizada para el control de la legalidad administrativa por la vía de la acción, puesto que es eminentemente rogada, y el control exceptivo que sin anular el acto lo declara inaplicable en un caso concreto, no se acomoda a su índole" (fl. 227). Agrega que en virtud de la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos se impone la observancia del Decreto 2193 de 1984; de modo que para que dicho decreto desaparezca de la vida jurídica, "es necesario que se profiera una sentencia anulatoria, previo el proceso de nulidad exigido por el Decreto 01 de 1984" (fl. 228), pues "de lo contrario, se haría inoficiosa la acción de nulidad si los Tribunales Contenciosos por la vía de la inaplicabilidad, pudiesen dejar sin efecto un acto administrativo susceptible de aquélla, lo que ocasionaría un caos jurídico administrativo, toda vez que desconocería la legalidad y estabilidad jurídica que ocupan, en la escala de valores, un lugar preferente a la legalidad" (fl. 228).

En cuanto al fondo del asunto sostiene que los cargos que le fueron imputados no se desvirtuaron.

CONCEPTO FISCAL

La colaboradora Fiscal en su concepto, precisa que la Ley 13 de 1984 no es aplicable al caso *sub examine*, por cuanto únicamente regula la administración del personal civil que presta sus servicios en la rama ejecutiva del poder público en lo nacional y no en el orden departamental, opina que el fallo apelado debe confirmarse en virtud de que, la sanción que debió imponerse al demandante fue la de simple amonestación, pues, su conducta encaja dentro del literal b) del numeral 1 del artículo 97 del Decreto 2193 de 1984 y no la destitución, señalando al respecto que "el nominador no interpretó en debida forma los criterios para fijar la pena. En efecto, no se tuvo en cuenta que si bien es cierto la cartera del Fondo de Vivienda del departamento de Antioquia presentaba una situación angustiosa, en razón de que existía un gran número de beneficiarios con

cuotas atrasadas sin que se hubiera iniciado el correspondiente juicio ejecutivo con la finalidad de recuperar los dineros correspondientes, no es menos cierto que dicha anomalía se venía presentando desde antes que el doctor Gómez Pastor ocupara el cargo de Jefe de la División de Vivienda. Tampoco se tuvo en cuenta la falta de dolo o intención de causar daño en las conductas imputadas y, menos aún, las circunstancias de agravación y atentación punitiva, así como la personalidad del agente, de la cual hablan los testimonios recepcionados en primera instancia" (fl. 236).

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

CONSIDERACIONES:

El acto acusado está conformado por las Resoluciones 312 de 1987 y 003 de 1988 por las cuales la Gobernación de Antioquia dispuso la destitución del actor del cargo de Jefe de la División de Vivienda adscrito a la Dirección de Relaciones Laborales de la Secretaría de Servicios Administrativos del departamento de Antioquia.

Como disposiciones violadas se citaron en la demanda los artículos 16, 17, 20 y 62 de la Constitución Política, 84, 94, 97 y 98 inciso 3º del Decreto 2193 de 1984, preceptos cuya transgresión se presenta, según el accionante, porque estando definido el trabajo como una obligación social, debe ser protegido por el Estado como una garantía de los derechos legalmente adquiridos y por cuanto las autoridades están instituidas no sólo para proteger a las personas en su vida, honra y bienes, sino para velar para que tanto los particulares como el mismo Estado cumplan sus obligaciones, advirtiendo que el obrar de la administración y de los funcionarios debe ajustarse a derecho, "sin miramientos políticos o personales de ninguna índole y, además, amparar los derechos de los empleados públicos, obligación que se impone a los funcionarios con facultades para aplicar sanciones disciplinarias o para renovar el personal" (fl. 27).

Y prosigue: "Si lo que se pretendió fue aplicar el literal z) del numeral 6º antes citado, por violaciones a la ley penal, tal como se desprende del párrafo final de la resolución que impuso la sanción, obviamente debieron estar dentro de la investigación administrativa las pruebas necesarias para llegar a la conclusión de la existencia del delito. Es cierto que la Administración Departamental denunció criminalmente al demandante

Gómez Pastor por omisiones en el ejercicio del cargo (lo que dieron en llamar prevaricato por omisión), pero también es cierto que el Juez Penal que conoció del caso, resolvió no abrir investigación y ordenó el archivo de las diligencias" (fl. 28).

Por no haber sido propuesta en la demanda, y no ser ostensible su oposición a normas constitucionales y legales, no le era dable al Tribunal aplicar la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 2193 de 1984.

A falta de estatuto disciplinario, alguno debe aplicarse, aun por analogía, porque no puede haber vacío jurídico en esta materia; y solamente con la expedición de la Ley 4ª de 1990 se hizo extensiva a los departamentos la Ley 13 de 1984 así como su Decreto reglamentario 482 de 1985.

Si el demandante invocó como transgredido el decreto departamental y éste no ha sido anulado ni suspendido por la jurisdicción, debe aceptarse su vigencia. Es decir, que para acoger las pretensiones del actor no era necesaria la inaplicación departamental del Decreto.

En cuanto a si las faltas endilgadas fueron probadas al actor y si la sanción se aplicó correctamente, la Sala observa:

Al doctor Gómez Pastor se le investigó por "la omisión en forma injustificada de los deberes que le señala, como Jefe del Fondo de Vivienda, el Decreto 923 de 24 de abril de 1984, respecto a: 'Velar por la oportuna recaudación de los dineros que deban ingresar al Fondo de Vivienda y vigilar el pago oportuno de las cuotas de amortización. Solicitar la instauración de las acciones a que haya lugar contra los beneficiarios del Fondo que se atrasen en el pago de las cuotas de amortización y contra aquellos que no hayan constituido la garantía hipotecaria a que están obligados. Y velar por la conservación de archivo y expedientes que correspondan a cada adjudicatario' " (fl. 26 cdno. 2).

Sin embargo, según se desprende de las pruebas obrantes en autos, especialmente de los diferentes escritos firmados por el accionante y obrantes en el proceso disciplinario y, en particular, del memorial sustentatorio del recurso de reposición contra la Resolución 0312 de 1987 (fls. 98 a 119), para la época en que se formularon los cargos, los deudores del Fondo de Vivienda eran 105 (fl. 110), entendiéndose como tales, conforme a las voces del artículo 27 del Decreto 479 de 1981, los prestatarios que adeudaban más de tres cuotas de amortización a capital

e intereses. Esta cifra se redujo a 84 según lo aseverado en la Resolución 003 de 1988 (fls. 16-17).

Hay prueba testimonial suficiente para demostrar que la situación del Fondo de Vivienda era de tiempo atrás caótica, y que el doctor Gómez Pastor trató de poner orden en esas dependencias. También hay prueba de las diligencias hechas por él para localizar deudores morosos, aun cuando en ocasiones fueran infructuosas. No pudo establecerse que durante su gestión se hubieran concedido préstamos sin garantías, irregularidad que se había venido cometiendo y que obviamente hacía ineficaz el cobro judicial.

Al actor se le acusó de haber cometido delitos contra la administración pública y causado grave perjuicio económico al departamento. Pero la realidad que muestra el expediente es, que el Juez Penal ante quien fue denunciado no encontró mérito para abrir investigación en su contra; que no es claro el deslinde de responsabilidades, entre la que cabe al doctor Gómez Pastor y la que corresponde a administraciones anteriores. Y que, precisamente por no habérsele probado plenamente la comisión de faltas graves, no ha debido aplicarse la sanción de destitución, sino quizás una más leve, como lo insinúa la Agencia del Ministerio Público.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la sentencia apelada debe confirmarse.

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 19 de enero de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso incoado por Oscar Gómez Pastor.

Adiciónase dicha sentencia en el sentido de ordenar que el departamento de Antioquia descuente de las sumas que deba pagar al señor Oscar Gómez Pastor, lo que éste hubiera recibido de entidades oficiales por el mismo concepto, y en el mismo lapso de tiempo, en cumplimiento de lo preceptuado por los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la actual.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 25 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, (Salva voto); *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA - Improcedencia (Salvamento de Voto)

Las sumas a que se condena en la sentencia, para los 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 tiene 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. 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.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Demandante: Oscar Gómez Pastor.

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 la parte resolutiva en cuanto al condenar se ordena el descuento de 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 los 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 tiene 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 pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer 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. Entiéndese 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 condición 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 está 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 puede 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 si 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 servicio prestados a la Policía Nacional tiene su fuente de esa relación de servicio..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del honorable Magistrado doctor 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 número 40.878; ponente honorable Magistrado doctor Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera, en el Exp. núm. 29.629; Ponente: honorable Magistrada doctora alba Luz Mossos G.; junio 5/84 en el Exp. núm. 35.949, Ponente honorable Magistrada doctora Emilia Mesa S., octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente 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 la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PRESTACIONES PERIODICAS / CADUCIDAD - Improcedencia

El Decreto 01 de 1984, cuyo artículo 136 señaló cuatro meses para la caducidad de la acción de restablecimiento del derecho, eliminando la frase "salvo disposición legal en contrario". La diferente redacción estricta de dicho término de cuatro meses, con las excepciones contempladas en la misma, es decir, cuando la demandante sea una entidad pública y cuando se demanden actos que reconozcan prestaciones periódicas, caso éste en el cual se puede acudir a la jurisdicción en cualquier tiempo, pero sin que haya lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 23 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente número 7534.

Actora: Graciela Henao de Nieto.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la señora Graciela Henao de Nieto contra el auto que inadmitió la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 11 de septiembre de 1992.

El Tribunal rechazó la demanda por considerar que se había operado el fenómeno de la caducidad tomando en cuenta la fecha en que fue notificada la Resolución 47 de 1992 mediante la cual quedó agotada la vía gubernativa, es decir el 3 de abril de 1992; y la fecha de presentación del libelo, agosto 28 de 1992, ya que transcurrieron más de cuatro meses, término previsto para esta clase de acciones por el artículo 136 inciso 2 del C.C.A.

En la sustentación del recurso el apelante sostiene: que el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del 3135 de 1968 establece en su artículo

102: "... las acciones que emanen de los derechos consagrados en el 3135 y en este decreto prescriben en tres años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible".

Que ciertamente el Consejo de Estado en auto de fecha 14 de septiembre de 1988, reconoce en la pensión de jubilación y en sus accesorios un derecho especialísimo y vitalicio pero afirma que la acción contenciosa no puede intentarse sino dentro del término de caducidad de la acción consagrada en el C.C.A. y deja abierta la posibilidad de agotar la vía gubernativa cuantas veces sea necesario para obtener pronunciamientos de la Administración, demandables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa;

Que esta posición jurisprudencial es contradictoria con los principios de imprescriptibilidad de la acción tendientes a obtener el derecho a la pensión de jubilación y sus accesorios.

Finalmente afirma que no parece lógico que la intención del legislador haya sido que se puedan demandar en cualquier tiempo, solamente los actos que reconozcan prestaciones periódicas (art. 136 núm. 3), porque lo normal y lógico es que se demanden actos administrativos que niegan esos derechos, y por tanto debería hacerse de esta norma una interpretación más práctica.

PARA DECIDIR, SE CONSIDERA:

Bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941, la jurisprudencia del Consejo de Estado aceptaba que el término de caducidad de la acción en materia de prestaciones sociales fuera el mismo de prescripción del derecho, fundamentándose en que el artículo 83 establecía para la acción de restablecimiento del derecho un término de caducidad de cuatro meses, "salvo disposición legal en contrario"; y deduciendo de esta frase, que podían asimilarse los dos términos.

Siendo imprescriptible el derecho a la pensión de jubilación, se admitía entonces que la demanda ante la jurisdicción pudiera presentarse en cualquier tiempo.

Se expidió después el nuevo Código Contencioso Administrativo adoptado por el Decreto 01 de 1984, cuyo artículo 136 señaló cuatro meses para la caducidad de la acción de restablecimiento del derecho, eliminando la frase "salvo disposición legal en contrario".

La diferente redacción de la norma implicó aplicación estricta de dicho término de cuatro meses, con las excepciones contempladas en la

misma, es decir, cuando la demandante sea una entidad pública y cuando se demanden actos que *reconozcan* prestaciones periódicas, caso este en el cual se puede acudir a la jurisdicción en cualquier tiempo, pero sin que haya lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

Esta última parte del artículo no permite la interpretación que propone el recurrente, pues sólo cuando se ha hecho reconocimiento hay pago; luego el inciso no cobija la demanda contra actos que niegan la prestación.

Como en verdad el libelo se presentó fuera del término de los cuatro meses contados a partir de la notificación de los actos acusados, obró correctamente el Tribunal al rechazar la demanda por caducidad.

En consecuencia la Sala,

RESUELVE:

Confírmase el auto de 11 de septiembre de 1992, por el cual el Tribunal Administrativo de Risaralda inadmitió la demanda presentada por la señora Graciela Henao de Nieto, por caducidad de la acción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 25 de febrero de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONGRESO DE LA REPUBLICA / PLANTA DE PERSONAL - Régimen aplicable / HORAS EXTRAS / JORNADA NOCTURNA - Improcedencia

Si bien en el acto demandado se invocan las facultades otorgadas por las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983 que efectivamente fijaron la planta de personal y el régimen de asignaciones de los empleados de la rama legislativa, ninguna de estas normas trata lo relacionado con horas extras y recargos nocturnos, lo que permite afirmar que estos servidores, por no tener norma especial aplicable, se rigen por la general, artículo 12 de la Ley 141 de 1948, que prohíbe el pago de horas extras a los funcionarios y empleados administrativos, situación diferente de la rama ejecutiva.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 30 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número 4808.

Autoridades nacionales.

Actor: Hugo Latorre Donado.

El ciudadano Hugo Latorre Donado, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pide a esta Corporación lo siguiente:

"Que se declare nula la Resolución 231 de julio 19 de 1989, expedida por la Comisión de la Mesa Directiva del honorable Senado de la República por lo cual se deroga la Resolución 085 del 1º de junio de 1988 y se reglamenta el reconocimiento y pago de la jornada suplementaria de horas extras y recargos nocturnos a los funcionarios del honorable Senado de la República" (fl. 4).

Los *hechos* de la demanda aparecen relatados, así:

"1. Por medio del Decreto 870 de abril 26 de 1989 se reglamentó la ordenación del costo (sic) del honorable Congreso de la República; el cual en su artículo 3º señala:

"Artículo 3º. La ordenación del gasto en lo referente a los servicios personales se regirá por las siguientes normas:

"Supernumerarios, horas extras y recargos nocturnos: Decreto 1042 de 1978 y normas concordantes."

"2. La Comisión de la Mesa Directiva del honorable Senado de la República dictó la Resolución 231 del 19 de julio de 1989 (acto acusado) reglamentando el pago de la jornada suplementaria de horas extras y recargos nocturnos a los funcionarios del honorable Senado de la República, apartándose de la prescripción señalada en el Decreto 870 de abril 26 de 1989 artículo 3º literal c) según el cual las normas que se aplican para la ordenación del gasto de supernumerarios, horas extras y recargos nocturnos, son las contempladas en el Decreto-ley 1042 de 1978 y normas concordantes" (fls. 4-5).

Invoca como disposiciones quebrantadas, los artículos 2º y 76-9 de la Constitución de 1886 y los Decretos 870 de 1989, 1042 de 1978 y 010 de 1989.

El concepto de la violación de las normas citadas lo hace radicar en la circunstancia de que la Resolución 231 de 1989, acto acusado, al disponer en su artículo 1º literal a) que "la asignación básica mensual del funcionario que va a laborar horas extras o tiempo suplementario, no debe exceder de ciento cincuenta y ocho mil ciento cincuenta pesos ($158.150) asimilando lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 10 de 1989", contrarió el propio artículo 11 citado que establece esas prerrogativas exclusivamente para los empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que como es el artículo 13 y no el 11 del Decreto 010 de 1989 el que regula lo relacionado con niveles, grados y asignación básica de los empleos para efecto del pago de horas extras, dominicales, festivos, etc., era éste el aplicable en cuanto modificó el Decreto 1042 de 1978 al cual se remite al artículo 3º del Decreto 870 de 1978 al señalar que la ordenación del gasto del Congreso de la República en lo referente a supernumerarios, horas extras y recargos nocturnos se regirá por el Decreto 1042 de 1978 y normas concordantes.

SECCION SEGUNDA

Por auto de 27 de marzo de 1990, la Sala suspendió provisionalmente la frase "no debe excederse de ciento cincuenta y ocho mil ciento cincuenta pesos ($158.150) asimilando lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 10 de 1989" contenida en el literal a) del artículo 1º de la Resolución 231 de 1989.

La Fiscalía Novena de la Corporación en su concepto estima que ciertamente la Resolución 231 al disponer en su artículo 1º literal a) como requisito para el reconocimiento y pago de horas extras nocturnas que la asignación básica del funcionario no exceda la suma de $158.150, quebranta lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978 modificado por el Decreto 10 de 1989. Pide la agencia fiscal, además, la nulidad del literal g) del artículo 1º de la resolución acusada en cuanto establece que "en época de receso de esta Corporación se reconocerá un máximo de veinte horas mensuales por trabajo suplementario", porque no hay precepto legal que autorice esa prestación, y la nulidad del artículo 3º del acto enjuiciado, por cuanto crea una prestación que no ha sido establecida por el legislador, lo que contraría el artículo 76-9 de la Constitución de 1886, pues las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983 que consagran las prestaciones sociales para los empleados del Congreso, no contemplan los beneficios que dispone la resolución acusada, como tampoco el Decreto 1042 de 1978 autoriza el reconocimiento y pago de horas extras para empleos que tengan una asignación básica superior a $92.000 (fls. 61-67).

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En primer término debe precisar la Sala que corresponde al Congreso Nacional, mediante la expedición de leyes, la facultad de: *fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales*, y "regular los otros aspectos del servicio público", según lo prescribe el artículo 76, ordinales 9 y 10 de la antigua Constitución.

De manera que si bien el artículo 91 de la Ley 38 de 1989, dispuso que: "En el Congreso Nacional la facultad de *ordenar los gastos* la ejercerán por separado las Mesas Directivas de cada Cámara" es indudable que tal facultad respecto a remuneración debe ejercerse con sujeción a las leyes que rigen la materia.

Ahora bien, el literal c) del artículo 3º del Decreto 870 de 1989 al reglamentar la Ley 38 de 1989 en lo referente a la ordenación del gasto por servicios personales, dispone que lo relacionado con horas extras y recargos nocturnos, se regirá por el Decreto 1042 de 1978 y normas concordantes, pero el artículo 1º del Decreto 1042 de 1978 delimita su campo de aplicación a los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional o sea que no es esta la norma aplicable ni podía un decreto reglamentario hacerla extensiva a los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional, cuya planta de personal y un sistema salarial y prestacional fue fijado por la Ley 52 de 1978. Y tan evidente es ello, que la Ley 53 de 1978 que confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para fijar las escalas de remuneración correspondientes a los empleos del sector público, en ejercicio de las cuales se expidió el Decreto 1042 de 1978, omitió a la Rama Legislativa de la relación de organismos y entidades a los que se aplicaría las normas en mención.

Por otra parte, en cuanto al tema de trabajo suplementario, la Sala advierte, que el artículo 12 de la Ley 141 de 1948 prohibió el pago de horas extras a *los funcionarios y empleados administrativos* con excepción de los obreros que trabajaren a jornal, prohibición que ratificó el artículo 1º del Decreto 3181 de 1968, para la administración central permitiendo ese reconocimiento sólo a los trabajadores oficiales, ciertos empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y los celadores en cuanto fuere necesario; finalmente el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 modificado por el artículo 13 del Decreto 10 de 1989, permitió ese reconocimiento, pero limitado a cierto nivel y grado.

Si bien en el acto demandado se invocan las facultades otorgadas por las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983 que efectivamente fijaron la planta de personal y el régimen de asignaciones de los empleados de la rama legislativa, ninguna de estas normas trata lo relacionado con horas extras y recargos nocturnos, lo que permite afirmar que estos servidores, por no tener norma especial aplicable, se rigen por la general, artículo 12 de la Ley 141 de 1948, que prohíbe el pago de horas extras a los funcionarios y empleados administrativos, situación diferente de la rama ejecutiva.

Por esta razón, la Resolución 231 de 1989 de la Comisión de la Mesa del Senado, en cuanto determina el reconocimiento del trabajo suplementario y el efectuado en jornada nocturna, quebranta el artículo 76 de la

Constitución de 1886 que asignaba al Congreso Nacional, mediante la expedición de leyes, la atribución de "... fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales".

El argumento del ciudadano impugnante respecto a que si era facultad de la Comisión de la Mesa establecer todo lo relacionado con el reconocimiento de horas extras y recargos nocturnos, porque el artículo 8º de la Ley 17 de 1970 faculta a la Comisión de la Mesa de la respectiva Cámara, para "dictar el reglamento de trabajo de la Cámara respectiva y velar por su cumplimiento", no es para la Sala de recibo, toda vez que la facultad conferida por el artículo 8º de la Ley 17 de 1970 *para dictar el reglamento de trabajo*, no puede comprender atribuciones que por disposición de la Carta corresponden al Congreso o al Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias, conferidas por aquél.

Lo razonado es suficiente para arribar a la conclusión, de que la Resolución 231 de 19 de julio de 1989 proferida por la Comisión de la Mesa del Senado de la República quebranta el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución de 1886 y debe accederse a su nulidad.

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

FALLA:

Declárase la nulidad de la Resolución 231 de 19 de julio de 1989 proferida por la Comisión de la Mesa del honorable Senado de la República.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

APORTES PARAFISCALES / SUBSIDIO FAMILIAR - Solidaridad

Al establecer el acto acusado que "los contratistas y subcontratistas independientes, los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra, a que se refiere el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, los solidariamente responsables, tanto del cumplimiento de la prestación legal del subsidio familiar" a que tienen derecho los trabajadores que presten sus servicios personales en la ejecución del trabajo o de la obra "como del pago de los aportes correspondientes para tales efectos", no podía referirse a los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, sino a los destinados al pago del subsidio familiar, o sea, al 4 de la nómina mensual de salarios. Previó así el ejecutivo una solidaridad efectiva tanto para el subsidio familiar que se paga directamente como para el que se paga a través de entidades como las Cajas de Compensación Familiar o la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que tiene respaldo en el ya citado artículo 3º del Decreto 2351 de 1965. Por lo demás, cuando la norma reglamentaria se refiere a los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra de que trata el artículo 53 del Decreto 2351 de 1965, indica que excluye a los que excluyó el Decreto-ley, es decir a los beneficiarios de trabajos o dueños de obras extrañas a la actividad normal. Interpretado así el artículo 3º del Decreto 562 de 1990, no contraría sino que desarrolla el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965 y por ello no encuentra la Sala al desborde en el ejercicio de la facultad reglamentaria que denuncia la accionante.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 30 de 1993.

Consejera Ponente: Dra. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Ref.: Expediente número 5002.

SECCION SEGUNDA

Decretos del Gobierno.

Actora: Clara Lucila Rico de Espinel.

Clara Lucila Rico de Espinel, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad del artículo 3º del Decreto reglamentario 562 de 1990 y demás artículos concordantes con el citado artículo impugnado.

En el capítulo del escrito demandatorio denominado "Fundamentación Jurídica", la actora formula dos cargos contra la disposición enjuiciada. En el primero de ellos afirma que ésta es violatoria del artículo 120 numeral 3 de la Carta de 1886 y del artículo 3º del Decreto-ley 2351 de 1965, ya que mediante la potestad reglamentaria no se pueden crear obligaciones nuevas, como sería la de ser responsable solidariamente de actos de cumplimiento de terceras personas, como se determina respecto al pago de aportes al Sena, situación que no está contemplada como obligación a cargo de los dueños de las obras o beneficiarios del trabajo; que el último artículo citado se refiere a una solidaridad nacida de un vínculo laboral y no de carácter parafiscal como son las obligaciones que surgen del pago de aportes a ese instituto descentralizado; que en conclusión al expedirse la norma enjuiciada el Gobierno asumió una competencia legislativa y desbordó el marco de su propia competencia. En el segundo se señala que las Leyes 21 de 1982 y 89 de 1988 no consagran la figura de la solidaridad parafiscal para el cumplimiento de aportes al ICBF y al Sena (fls. 11 a 18).

En el libelo se solicitó además, la suspensión provisional de la norma impugnada, la cual fue negada mediante auto de mayo 22 de 1990 (fls. 20 a 23).

El apoderado de la Nación - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (fl. 45) se opone a las pretensiones del escrito introductorio, y afirma que en el caso *sub lite* no ha existido exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues los artículos 34 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo, establecen la solidaridad entre el contratista independiente, el beneficiario del trabajo o dueño de la obra y el subcontratista respecto del valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores y siendo prestación social todo beneficio o garantía de tipo económico que reciba el trabajador con ocasión de un contrato de trabajo, puede incluirse dentro de ella, la capacitación del

trabajador, su entrenamiento laboral e implementación de procedimientos y tecnologías para un mayor rendimiento ocupacional que constituyen la labor del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, pues es una "garantía o beneficio para los trabajadores, derivada del contrato de trabajo, ya que como se anotó su base financiera conforme al artículo 17 de la Ley 21 de 1982, son los aportes sobre los *salarios* de los trabajadores" (fl. 46).

Tramitado el proceso, el Ministerio Público opinó que debe accederse a las súplicas del libelo, ya que el artículo 3º del Decreto-ley 2351 de 1965 no pudo hacer relación al subsidio familiar, pues esta prestación social no estaba prevista en disposición legal para dicho año; que el subsidio era una prestación de carácter convencional; que el artículo acusado hace responsable de la obligación solidaria al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, cuando se trata de obras inherentes a las actividades ordinarias del beneficiario, pero crea excepción a la solidaridad, la cual no se tuvo en cuenta en el artículo reglamentario; que acorde con la Ley 21 de 1982 que regula el subsidio familiar se debe entender que el requisito legal que hace exigible el aporte al empleador es el factor permanencia del vínculo laboral, no así el beneficio o propiedad de la obra; que no siempre el aporte es exigible del sujeto responsable del pago de las prestaciones sociales sino de la persona natural o jurídica que tenga uno o más trabajadores permanentes; que el aporte es una obligación legal derivada de las relaciones laborales, pero la responsabilidad del pago de las prestaciones no conlleva inequívoca o implícitamente el pago de aquél (fls. 50 a 55).

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

CONSIDERACIONES:

El artículo 3º del Decreto 562 de 8 de marzo de 1990, "por el cual se establecen mecanismos para asegurar el pago de los aportes para la Seguridad Social", dispone:

> "Artículo 3º. Los contratistas y subcontratistas independientes, los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra, a que se refiere el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, son solidariamente responsables, tanto del cumplimiento de la prestación legal del Subsidio Familiar y demás prestaciones sociales, a que tienen derecho los trabajadores que presten sus servicios personales en la ejecución del trabajo o de la obra, como del pago de los aportes correspondientes para tales efectos.

En consecuencia, los trabajadores podrán acudir ante los Inspectores de Trabajo y la jurisdicción laboral, para obtener el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar, directamente o por medio de las Cajas de Compensación Familiar o de la Caja de Crédito Agrario, en su caso."

El artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, que se dice contrariado, establece:

"*Contratistas independientes:*

1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas, en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."

Como puede verse el texto del artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, es claro respecto a que la solidaridad del beneficiario del trabajo o dueño de la obra con el contratista, o subcontratista (salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio), se relaciona con el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.

Así las cosas, como bien lo señala la accionante no podía el Gobierno por decreto reglamentario hacer extensiva esa solidaridad a los aportes a que están obligados a pagar al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes, según lo dispone el artículo 7º de la Ley 21 de 1982. La doctrina ha llamado estos

aportes "Contribuciones Parafiscales" que son modalidades tributarias con las cuales el Estado financia ciertos servicios públicos que benefician a los propios contribuyentes, o a sus familiares o dependientes y que están a cargo de entidades descentralizadas.

Sobre el particular, en sentencia de 8 de abril de 1992, expediente número 2820, decretos del Gobierno, actores: Carlos Eduardo Corsi y otro, Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, dijo la Sala:

"Es indudable, por tanto, que estas obligaciones son objeto del mismo tratamiento jurídico de los tributos que está regido por el principio de que 'no hay tributo sin representación' consagrado en el artículo 43 de la Constitución de 1886 que disponía que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podían imponer contribuciones, y, con mayor claridad, en el artículo 338 de Carta actual que dispone: 'En tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales...'.

De manera que al igual que para los tributos, el régimen de las contribuciones parafiscales del orden nacional, es de origen legal; su creación, la definición de sus presupuestos de hecho, su destinación, privilegios, exoneraciones, sanciones, etc. corresponden al legislador o al ejecutivo, pero en función de legislador."

En consecuencia, habría excedido el ejecutivo el ejercicio de la facultad reglamentaria contenida en el artículo 120-3 de la Constitución de 1886, si al establecer a través del Decreto 562 de 1990 mecanismos para asegurar el pago de los aportes para la seguridad social, extendió la solidaridad a que alude el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965 a los aportes al Sena, ya que ni este Decreto ni la Ley 21 de 1982, le deban soporte jurídico para hacerlo.

Pero estima la Sala que el exceso en la potestad reglamentaria del Ejecutivo resulta no del texto del decreto sino de la interpretación errada que de él hace tanto el accionante como el apoderado judicial del Ministerio, quien en su defensa llega a asimilar a prestación social la capacitación y entrenamiento laboral que imparte el Sena.

En efecto: el artículo 7º de la Ley 21 de 1982 señala quiénes están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, y en su artículo 9º fija una suma global

a pagar equivalente al 6% del monto de la respectiva nómina, que se distribuye de acuerdo con los artículos 11 y 12 en un 4% para "proveer el pago del subsidio familiar", y un 2% para el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, si se trata de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, empresas de economía mixta y empleadores privados o, 1/2 para el Sena, 1/2 para la Esap y 1% para empresas industriales o institutos técnicos si se trata de la Nación o entes territoriales.

Es claro entonces que existe diferencia entre el aporte del 4% destinado a "proveer el pago del *subsidio familiar,* que conforme a la misma Ley 21 de 1982 es una *prestación social* y el 2% restante destinado a financiar el servicio público de la seguridad social que prestan las entidades beneficiarias capacitando a los trabajadores para que puedan mejorar los ingresos necesarios para su subsistencia y la de sus familias.

De manera que al establecer el acto acusado que "los contratistas y subcontratistas independientes, los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra, a que se refiere el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, los solidariamente responsables, tanto del cumplimiento de la prestación legal del subsidio familiar" a que tienen derecho los trabajadores que presten sus servicios personales en la ejecución del trabajo o de la obra "como del pago de los *aportes correspondientes para tales efectos*" (se destaca) no podía referirse a los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, sino a los destinados al pago del subsidio familiar, o sea, al 4% de la nómina mensual de salarios.

Previó así el ejecutivo una solidaridad efectiva tanto para el subsidio familiar que se paga directamente como para el que se paga a través de entidades como las Cajas de Compensación Familiar o la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, que tiene respaldo en el ya citado artículo 3º del Decreto 2351 de 1965.

Por lo demás, cuando la norma reglamentaria se refiere a los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra de que trata el artículo 53 del Decreto 2351 de 1965, indica que excluye a los que excluyó el Decreto-ley, es decir, a los beneficiarios de trabajos o dueños de obras extrañas a la actividad normal de su empresa o negocio.

Interpretado así el artículo 3º del Decreto 562 de 1990, no contraría sino que desarrolla el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965 y por ello no encuentra la Sala el desborde en el ejercicio de la facultad reglamentaria que denuncia la accionante.

Deberá, por tanto, denegarse la nulidad impetrada.

En cuanto a la petición de nulidad de "los demás artículos concordantes" habrá de decir la Sala que por no haberse individualizado con precisión como lo exige el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, no hay lugar a su juzgamiento.

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:

Deniégase la nulidad del artículo 3º del Decreto 562 de 8 de marzo de 1990.

Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA / RECTOR - Facultades / DECANO - Nombramiento / ACTO PARTICULAR / CONGRESO - Facultades

Como el demandante ataca la resolución básicamente porque el Rector de la Universidad Surcolombiana carecía de competencia para expedir el acto acusado, por cuanto con él se fijaba al referido docente, un nuevo salario y este acto le correspondía expedirlo al Congreso de la República, habrá de decirse que conforme a la Constitución Política de 1886 efectivamente a dicha corporación legislativa le correspondía fijar los salarios de los empleados públicos mediante leyes de contenido general, abstracto e impersonal, como ahora le corresponde al Presidente de la República fijarlos mediante decreto con base en la ley marco que al respecto haya expedido el Congreso, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política. Sin embargo, los nombramientos como el de Decano, los ascensos y la dedicación exclusiva del personal docente entre otros, no son actos de carácter general, abstracto e impersonal de competencia del Congreso sino actos particulares o individuales y concretos propios del nominador del organismo, y el acto jurídico que los contiene no es una ley sino un acto administrativo que aunque tenga un valor económico salarial, no es en ningún caso, se repite, una ley en sentido material o formal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 31 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Diego Younes Moreno.*

Ref.: Expediente número 4623.

Autoridades Nacionales.

Actora: Universidad Surcolombiana.

La Universidad Surcolombiana en ejercicio de la acción de nulidad, solicita se declare nulo el artículo 2º de la Resolución 2362 de 1988 mediante la cual el rector nombró al Ingeniero Alvaro Lozano Osorio Decano de la Facultad de Ingeniería.

Como hechos en que fundamenta su solicitud, expresa que dicha resolución dispone que a partir de la fecha de su expedición al citado Decano le deben ser reconocidos 250 puntos adicionales en su remuneración, lo cual se traduce en un aumento salarial de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 49 del Acuerdo 037 de 1975.

Agrega que el Rector carecía de competencia para proferir dicho acto porque este incremento salarial sólo le correspondía hacerlo al legislador de conformidad con lo previsto en el numeral 9º del artículo 76 de la C.N. de 1886.

La admisión de la demanda se notificó personalmente al Decano Alvaro Lozano Osorio, quien no confirió poder para estar representado en el proceso ni entregó memorial alguno en el curso del debate procesal.

En el término del traslado para alegar de conclusión, las partes no presentaron alegato alguno.

La Fiscal Novena del Consejo de Estado estima que están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda por cuanto las disposiciones legales tales como las Leyes 55 de 1968 y 13 de 1976 no autorizan al Consejo Directivo para establecer un régimen excepcional de remuneración que consagran los acuerdos universitarios.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. De conformidad con el artículo 2º de la Ley 13 de 1976, en armonía con el artículo 1º del Decreto-ley 82 de 1980, la Universidad Surcolombiana es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Educación Nacional, y cuya estructura académica y organización administrativa es la misma otorgada a la Universidad Nacional, en los términos de dicha ley y de las normas que la adicionan y complementan. Textualmente expresan estas disposiciones:

a) Artículo 2º Ley 13 de 1976:

"La naturaleza jurídica, la organización administrativa, y la estructura académica de la Universidad Surcolombiana, será la misma de la Universidad Nacional de Colombia, de conformidad con la Ley 65 de

1968, y de las normas que la adicionan y complementan, excepto su Consejo Superior Universitario...;"

b) Artículo 1º Decreto-ley 82 de 1980:

"Artículo 1º. La Universidad Nacional de Colombia es un establecimiento público, de carácter docente e investigativo, autónomo, con personería jurídica, gobierno, patrimonio y rentas propios, adscrito al Ministerio de Educación Nacional."

2. De acuerdo con el Decreto-ley 82 de 1980, el Decano ejerce autoridad académica y ejecutiva en la correspondiente facultad, bajo la dirección del Rector.

Por consiguiente, de la designación seguida de la correspondiente posesión surgen un conjunto de deberes, derechos y responsabilidades tanto del Decano como de la entidad universitaria oficial, y desde luego el acto de nombramiento, constituye un típico acto condición por cuanto introduce a una persona en un estatuto reglado de derecho público al cual queda sometido hasta tanto se produzca alguna de las causales de retiro del servicio.

Al respecto prescribe el citado artículo 26 lo siguiente:

"El Decano constituye la autoridad académica y ejecutiva de la facultad, bajo la dirección del Rector.

Para ser Decano se requiere ser ciudadano colombiano, mayor de treinta años, tener título universitario y experiencia en la docencia universitaria por un período no menor de cinco años."

3. Examinada la resolución acusada se concluye que mediante ella se nombró como Decano al Ingeniero Alvaro Lozano Osorio quien por tener tal calidad se le otorgó el derecho a 250 puntos adicionales por carga administrativa de conformidad con el Acuerdo 45 de 1977.

4. Como el demandante ataca la resolución básicamente porque el Rector de la Universidad Surcolombiana carecía de competencia para expedir el acto acusado, por cuanto con él se fijaba al referido docente, un nuevo salario y este acto le correspondía expedirlo al Congreso de la República, habrá de decirse que con conforme a la Constitución Política de 1886, efectivamente a dicha corporación legislativa le correspondía fijar los salarios de los empleados públicos mediante leyes de contenido general, abstracto e impersonal, como ahora le corresponde al Presidente

de la República fijarlos mediante decreto con base en la ley marco que al respecto haya expedido el Congreso, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política.

5. Sin embargo, los nombramientos como el de Decano, los ascensos, y la dedicación exclusiva del personal docente entre otros, no son actos de carácter general, abstracto e impersonal de competencia del Congreso sino actos particulares o individuales y concretos propios del nominador del organismo, y el acto jurídico que los contiene no es una ley sino un acto administrativo que aunque tenga un valor económico salarial, no es en ningún caso, se repite, una ley en sentido material o formal.

6. Por consiguiente, como el apoderado de la universidad confunde la ley con el acto administrativo y de ello obtiene una conclusión que a su juicio le da derecho para pedir, es preciso señalar que una vez aclarados estos conceptos se deduce que no le asiste razón a la parte demandante.

La universidad ha debido atacar el acto, porque en vía de ejemplo el docente no reunía los requisitos para desempeñarse como Decano o porque las necesidades del servicio universitario no lo requerían, pero no con el argumento de incompetencia en virtud de que con él se fijan salarios, pues esto no ocurre así.

7. La Sala estima que tampoco podía el Rector de la Universidad Surcolombiana abstenerse de proferir la resolución respectiva si el docente reunía los requisitos señalados en el Estatuto Docente.

Insiste la Sala en que en este caso no se estaban fijando salarios en sentido estricto, sino surtiendo el servicio docente mediante la designación del Decano, funcionario que era necesario para la adecuada marcha de la institución.

La consecuencia salarial para el Decano por su designación, no puede entenderse como el producto del ejercicio de una facultad de fijación de sueldos o de aumento salarial, puesto que si así fuera solamente quien tuviera la competencia para establecer las escalas salariales podría ser nominador, situación bien difícil e imposible de concebir dentro de la función pública.

Por este aspecto tampoco están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

8. Conviene señalar que a la Universidad Surcolombiana mediante oficio número 1913 de 11 de diciembre de 1989 le fueron solicitados los

antecedentes administrativos del acto impugnado que era la Resolución 2362 de 1988 y, sin embargo, no los adjuntó al proceso. El Rector en su lugar se limitó mediante oficio de 9 de enero de 1990 a señalar los reconocimientos prestacionales que el Acuerdo 37 de 1975 había consagrado en favor del personal docente, olvidando que el acto acusado no era el Acuerdo 037 sino la Resolución 2362 de 1988.

No bastaba señalar como antecedente administrativo que al actor por habérsele asignado carga administrativa se le habían conferido 250 puntos adicionales, pues esto ya lo había dicho la resolución impugnada.

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. Deniéganse las súplicas de la demanda presentada por la Universidad Surcolombiana y mediante la cual se demandó exclusivamente la Resolución rectoral 2362 de 1988 mediante la cual se designó como Decano al Ingeniero Alvaro Lozano Osorio.

Segundo. En firme la presente providencia, archívese el expediente.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA / DOCENTE DE DEDICACION EXCLUSIVA / ACTO PARTICULAR / RECTOR - Facultades / CONGRESO - Facultades

Conforme a la Constitución Política de 1886 efectivamente al Congreso le correspondía fijar los salarios de los empleados públicos mediante leyes de contenido general, abstracto e impersonal, como ahora le corresponde al Presidente de la República fijarlos mediante decreto con base en la ley marco que al respecto haya expedido el Congreso, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política. Los nombramientos, los ascensos, y la dedicación exclusiva del personal docente entre otros, no son actos de carácter general, abstracto e impersonal de competencia del Congreso sino actos particulares o individuales y concreto propios del nominador del organismo, y el acto jurídico que los contiene no es una ley sino un acto administrativo que aunque tenga un valor económico salarial, no es ningún caso, se repite, una ley en sentido material o formal. La consecuencia salarial para el personal docente al que se le ha señalado como de dedicación exclusiva, no puede entenderse como el producto del ejercicio de una facultad de fijación de sueldos o de aumento salarial, puesto que si así fuera solamente quien tuviera la competencia para establecer las escalas salariales podría ser nominador, situación bien difícil e imposible de concebir dentro de la función pública.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D. C., marzo 31 de 1993.

Consejero Ponente: Dr. *Diego Younes Moreno.*

Ref.: Expediente número 4626.

Autoridades Nacionales.

SECCION SEGUNDA

Actora: Universidad Surcolombiana.

La Universidad Surcolombiana solicita se declare la nulidad de la Resolución Rectoral 2412 de 1988 mediante la cual se nombró como de dedicación exclusiva a los docentes Gloria Sánchez Torres, Gustavo Briñez Villa, Mario Sánchez Ramírez, Jaime Rojas Puentes, María Piedad Gooding, Miguel Angel Tovar, Diana P. Cristancho, Fabio Losada Pérez, Tarcisio Cano, Leonel Arias Gutiérrez.

Como hechos en que fundamenta su solicitud expresa que cuando un docente es designado como de dedicación exclusiva se le incrementa su sueldo en un 25% lo cual se traduce en un aumento salarial, y como la fijación de las escalas de remuneración para las diversas categorías de empleo de la Administración, así como su régimen prestacional no puede ser establecido por la Universidad Surcolombiana sino por la ley, concluye que el Rector carecía de competencia para modificar la remuneración de dichos docentes.

La admisión de la demanda se ordenó notificar a los derechos antes mencionados sin que éstos hubieran comparecido al proceso.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado solicita se denieguen las súplicas de la demanda por considerar especialmente que el acto demandado no creó ni modificó erogación alguna, ya que el acto que ordena tal incremento salarial es el Acuerdo número 37 de 1975, proferido por el Consejo Directivo, el cual no fue acusado, a pesar de que en el poder se autorizó para ello.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. De conformidad con el artículo 2º de la Ley 13 de 1976, en armonía con el artículo 1º del Decreto-ley 82 de 1980, la Universidad Surcolombiana es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Educación Nacional, y cuya estructura académica y organización administrativa es la misma otorgada a la Universidad Nacional, en los términos de dicha ley y de las normas que la adicionan y complementan. Textualmente expresan estas disposiciones:

a) Artículo 2º Ley 13 de 1976:

"La naturaleza jurídica, la organización administrativa, y la estructura académica de la Universidad Surcolombiana, será la misma de la Universidad Nacional de Colombia, de conformidad con la Ley 65 de

1968, y de las normas que la adicionan y complementan, excepto su Consejo Superior Universitario...;"

b) Artículo 1º Decreto-ley 82 de 1980:

"Artículo 1º. La Universidad Nacional de Colombia es un establecimiento público, de carácter docente e investigativo, autónomo, con personería jurídica, gobierno, patrimonio y rentas propios, adscrito al Ministerio de Educación Nacional."

2. De acuerdo con el Decreto-ley 82 de 1980, la dedicación del personal docente de carrera puede ser de cátedra, de medio tiempo, de tiempo completo o de dedicación exclusiva.

Por consiguiente en cualquiera de estas modalidades de la relación laboral, se producen un conjunto de deberes, derechos y responsabilidades tanto del docente como de la entidad universitaria oficial, y desde luego la actividad administrativa que defina una de estas clases de dedicación, constituye un típico acto administrativo subjetivo por cuanto crea un derecho en favor del empleado. Al respecto preceptúa el artículo 29 de este decreto:

"Los docentes de carrera con título universitario son empleados públicos amparados por régimen especial; no están sometidos a las normas de libre nombramiento y remoción, ni a las normas sobre carrera administrativa y del servicio civil aplicables a los empleados públicos y se rigen por el estatuto propio que expida el Consejo Superior según las disposiciones generales previstas en el presente decreto.

Los docentes podrán tener las siguientes dedicaciones: de cátedra, de medio tiempo, de tiempo completo o de dedicación exclusiva."

3. Examinada la resolución acusada se concluye que mediante ella se definió como docentes de dedicación exclusiva de la Universidad Surcolombiana a Gloria Sánchez Torres, Gustavo Bríñez, Mario Sánchez, Jaime Rojas, María Gooding, Miguel Tovar, Diana Cristancho, Fabio Losada, Tarcisio Cano y Leonel Arias.

4. Como el demandante ataca la resolución básicamente porque el Rector de la Universidad Surcolombiana carecía de competencia para expedir el acto acusado, por cuanto con él se fijaban a los referidos docentes, nuevos salarios y este acto le correspondía expedirlo al Congreso de la República, habrá de decirse que conforme a la Constitución

Política de 1886, efectivamente al Congreso le correspondía fijar los salarios de los empleados públicos mediante leyes de contenido general, abstracto e impersonal, como ahora le corresponde al Presidente de la República fijarlos mediante decreto con base en la ley marco que al respecto haya expedido el Congreso, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política.

5. Sin embargo, los nombramientos, los ascensos, y la dedicación exclusiva del personal docente entre otros, no son actos de carácter general, abstracto e impersonal de competencia del Congreso sino actos particulares o individuales y concretos propios del nominador del organismo, y el acto jurídico que los contiene no es una ley sino un acto administrativo que aunque tenga un valor económico salarial, no es en ningún caso, se repite, una ley en sentido material o formal.

6. Por consiguiente, como el apoderado de la universidad confunde la ley con el acto administrativo y de ello obtiene una conclusión que a su juicio le da derecho para pedir, es preciso señalar que una vez aclarados estos conceptos se deduce que no le asiste razón a la parte demandante.

La universidad ha debido atacar el acto, porque en vía de ejemplo los docentes no reunían los requisitos para desempeñarse en esas condiciones o en dicho cargo, o porque las necesidades del servicio universitario no lo requerían, pero no con el argumento de incompetencia en virtud de que con él se fijan salarios, pues esto no ocurre así.

7. La Sala estima que tampoco podía el Rector de la Universidad Surcolombiana abstenerse de proferir la resolución respectiva si los docentes reunían los requisitos señalados en el Estatuto Docente.

Insiste la Sala en que en este caso no se estaban fijando salarios en sentido estricto, sino surtiendo el servicio docente mediante la fijación de la carga académica necesaria para la adecuada marcha de la institución.

La consecuencia salarial para el personal docente al que se le ha señalado como de dedicación exclusiva, no puede entenderse como el producto del ejercicio de una facultad de fijación de sueldos o de aumento salarial, puesto que si así fuera solamente quien tuviera la competencia para establecer las escalas salariales podría ser nominador, situación bien difícil e imposible de concebir dentro de la función pública.

Por este aspecto tampoco están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

8. Conviene señalar que la Universidad Surcolombiana mediante oficio número 1909 de 14 de diciembre de 1989 le fueron solicitados los antecedentes administrativos del acto impugnado que era la Resolución 2412 de 1988 y, sin embargo, no los adjuntó al proceso. El Rector en su lugar se limitó mediante oficio de 9 de enero de 1989 a señalar los reconocimientos prestacionales que el Acuerdo 037 de 1975 había consagrado en favor del personal docente, olvidando que el acto acusado no era el Acuerdo 037 sino la resolución de fijación de dedicación exclusiva de unos profesores.

Por los motivos antes expuestos 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. Deniéganse las súplicas de la demanda presentada por la Universidad Surcolombiana y mediante la cual se demandó exclusivamente la Resolución rectoral 2412 de 1988.

Segundo. En firme la presente providencia, archívese el expediente.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INDICE
DE ACTORES

A

Pág.

Adolfo Ríos García y otros 786
Aída Silva de Pérez 32
Alberto Montoya Montoya. 377
Aldinever Rivera Echeverry y otros 833
Alvaro Antonio Godín Morales 464
Alvaro Enrique Abello Lobo 759
Alvaro Rocha Pardo 492
Ariel Humberto Oróstegui Santander 563
Asociación Club Canino Colombiano, ACCC 472
Asociación Club Canino Colombiano 434
Asociación de Homeópatas Profesionales Colombianos, Asoprocol 455

B

Bavaria S. A. y otras 116
Bernardo Valdés Gómez 574
Bleidy Castellanos Cano 652

Pág.

C

Cajanal - Rafael Avila Serrato 812
Camilo A. González Pacheco 310
Campos Alberto Puentes Núñez 799
Carlos Daniel Aranzález Barros 782
Carlos Galindo Pinilla, Manuel Ignacio Galvis Esteban y Jorge Hennessey 850
Carlos Hernando Estévez Amaya 135
Carlos Manuel Angarita Salgado 242
Cecilia Calderón Salazar 735
Clara Lucila Rico de Espinel 878
Compañía de Electricidad y Gas de Cundinamarca S.A., Celgac S.A. 689
Cooperativa Integral de Transporte de Cartagena Ltda., Coointracar 370
Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá Limitada, Coeducadores 713

D

Departamento Administrativo de Valorización de Ibagué 149

E

Edicta Ibarra Valdeblánquez 694
Esteban Castillo Ochoa 779
Expoartes Sánchez Roa y Cía. Ltda. 401

F

Francisco Orlando Arboleda Mayor 841

G

Germán Alfonso Oliveros C. 328

Pág.

Gilberto Gordon Arrieta 606
Gilberto y Miguel Angel Rodríguez Orejuela 497
Gloria Inés Guerrero de Santamaría 731
Graciela Henao de Nieto 869
Guillermo Gaitán Higuera 85
Gustavo Humberto Rodríguez y María Carolina Rodríguez 344
Gustavo Manrique García 726

H

Héctor Alfonso León Ponguta 541
Héctor Pablo Ramírez Sandoval 429
Hugo Latorre Donado 872

I

Ignacio Zuluaga Escobar 593
Inversiones Gaviria Ltda. 333
Iván Gallego Castaño 407

J

Jefrey Alfonso Prada Díaz 569
Jesús María Carrillo B. 451
Jesús Vallejo Mejía 262
Joaquín Armando Rodríguez Beltrán 676
Jorge Enrique Rojas O. 765
Jorge Rodrigo Gómez Gómez 443
José del Carmen Cárdenas Sánchez 272
José Jesús Laverde Ospina 625
Juan Alberto Marthe Borras 818
Juan Andrés Moreno Moreno 698
Juan de Jesús Alvarez Acero 281

Juan Francisco Daza Van-Strahlen 788
Juan José Henao Velásquez 669
Julio Modesto Oyola Alvarez. 517

L

Leonardo Carvajal 415
Leoncio Rodríguez García 558
Luis Aldemar Rengifo Echeverry 750
Luis Carlos Sáchica Aponte 324
Luis Juvenal Plazas A. 774
Luis Vargas Acosta y otro 363

M

Marco Marín Vélez 478, 489
Marco Tulio Hernández Mendoza 754
María Aurora López de Ocampo 824
María Gilma Ospina Hidalgo 704
Miller Gabriel Saavedra V. y otros 230
Myriam Guerrero de Escobar y Pablo J. Cáceres Corrales 314

O

Olga Victoria González Castañeda 511
Oscar Enrique Castro Mayo 744
Oscar J. Uribe M. 365
Oscar Gómez Pastor 858
Oswaldo Rengifo Otero 386

P

Patrocinio Sánchez Montes de Oca y otro 587
Pedro Julio Barreto Barreto 621
Pedro Piedrahíta Echeverry 126

Pág.

Pizza Hut Inc. 337
Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial 12
Procuraduría General de la Nación 101, 111

R

Ramón Antonio Zapata M. 614
Raúl Parra Martínez 630
Rosario Muñoz David 793
Rubén Rueda Fragua 683
Ruby Cecilia Sánchez Hurtado 807

S

Sergio Sierra Doval 69
Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia,
Sintraelecol 519
Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Licores del Atlántico ... 552
Sintraime 559
Sociedad Banana Republic Inc. 301
Sociedad Productos Familia S. A. 47
Sociedad Sorteos Extraordinarios Asociados Compañía Limitada . 223

U

Universidad Surcolombiana 884, 890

V

Vicente Valderrama Rojo 648
Víctor Manuel Celemín Varón 531
Víctor Obdulio Benavides Ladino 297, 419, 469
Víctor Velásquez Reyes e Israel Morales Portela 353
Virgilio Joya Bueno y otro 635

Pág.

W

Walter Hember Alvarez Bustos 656

Wenceslao Manrique Veloza 584

Wolfran Armando Hutter Rizo, Alejandro Saravia Romero,
Carlos Augusto Patiño Beltrán y José A. Pedraza Picón y otra 248

INDICE TEMATICO

PRIMER TRIMESTRE DE 1993

(Primera Parte)

SALA PLENA

	Pág.
ACCION DE TUTELA - Trámite	116
APODERADO	116
CARRERA ADMINISTRATIVA	32
COMPETENCIA	135
Aclaración de voto	111
Salvamento de voto	114
	143
COMPETENCIA FUNCIONAL	100
Salvamento de voto	106
CONGRESO - Funciones - Salvamento de voto	109
CONSEJO DE ESTADO	100
Aclaración de voto	111
Salvamento de voto	106
	114

	Pág.
DERECHOS DEL ESCALAFONADO	32
DOCUMENTO FALSO	84
ENEMISTAD GRAVE - Inexistencia	119
ENEMISTAD GRAVE - Valoración - Salvamento de voto	122
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES - Régimen de Personal	135
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES - Régimen de Personal - Salvamento de voto	143
ESCALAFON	32
ESCALAFONAMIENTO	32
ESTABILIDAD	32
EXPEDIENTE - Pérdida	11
FACULTAD DISCRECIONAL - Salvamento de voto	143
FACULTAD DISCRECIONAL	135
FALTAS CONTRA LA DIGNIDAD DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Inexistencia	11
FALTAS CONTRA LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Inexistencia	11
FALLA DEL SERVICIO DEL HIMAT - Inundación	125
FUERZA MAYOR - Inexistencia	125
IMPEDIMENTO - Causales	116
IMPEDIMENTO - Causales - Salvamento de voto	122
IMPEDIMENTO - Improcedencia	119
IMPEDIMENTO - Naturaleza - Salvamento de voto	122
INTERPRETACION PREJUDICIAL	47
JURISDICCION COACTIVA	149
LUCRO CESANTE	69

	Pág.
NOMBRAMIENTO	135
NOMBRAMIENTO -Salvamento de voto	143
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal	100
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal - Aclaración de voto	111
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal - Salvamento de voto	106
	109
PERDIDA DE INVESTIDURA - Procedimiento	100
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento - Aclaración de voto	111
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Procedimiento - Salvamento de voto	106
	109
	114
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	69
PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD	149
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	84
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Improcedencia	47
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Alcance	84
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales	84
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Naturaleza	84
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA	32
	69
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Finalidad -	

Pág.

Salvamento de voto 157
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA -
Improcedencia 135
149
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA -
Improcedencia - Salvamento de voto 143
REGISTRO DE MARCA - Improcedencia 47
REGISTRO DE MARCA - Improcedencia -
Salvamento de voto 59
REMOCION 135
Salvamento de voto 143
SALA PLENA - Aclaración de voto 111
SALA PLENA - Salvamento de voto 114
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 100
TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO 47

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

APODERADO 171
AUDIENCIA 171
CAMARA DE REPRESENTANTES - Funciones 182
CAR 194
CELEBRACION DE CONTRATOS - Salvamento de voto 165
168
CESANTIA - Liquidación 199
CONGRESISTA - Inhabilidades 205
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Salvamento
de voto 218

Pág.

CONSTITUCION POLITICA - Vigencia 187
CONTRATO DE COMPRAVENTA 182
CONTRATO DE EMPRESTITO - Salvamento de voto 203
CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA -
Salvamento de voto 165
168
218
CONTRATO DE SUMINISTRO 185
DECRETO REGLAMENTARIO - Efectos 182
DELEGACION DE FUNCIONES 171
DELEGACION DE FUNCIONES - Salvamento de voto 165
168
DESTINACION 194
DIPUTADOS 199
DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES 187
DIRECTOR DE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO 171
EMPLEO DE ELECCION POPULAR 205
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD -
Salvamento de voto 165
168
218
FACTOR SALARIAL 159
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 194
FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Salvamento de voto 165
168
FOCINE - Facultades 187
GOBIERNO - Facultades - Salvamento de voto 203

	Pág.
IMPUESTO AL CINE	187
IMPUESTO SOBRE LA PROPIEDAD INMUEBLE	194
IMPUESTO SOBRE LA PROPIEDAD INMUEBLE - Vigencia	194
INEXISTENCIA - Salvamento de voto	218
LEY DEL PLAN - Salvamento de voto	203
LEY ESPECIAL	159
MINISTRO	171
NACION - Representación	171
	182
NACION - Representación - Salvamento de voto	165
	168
	218
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal	211
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo Legal - Salvamento de voto	203
OBLIGACION CONDICIONAL	185
OBLIGACION HIPOTECARIA - Improcedencia	185
ORDENADOR DEL GASTO	182
PARTICIPACION EN POLITICA	211
PERSONAL DOCENTE - Régimen Salarial	159
PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia - Salvamento de voto	165
	168
PLAN DE DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL - Salvamento de voto	203
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites	182
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades - Salvamento de voto	165
	168
	218

Pág.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA 205
PRESUPUESTO NACIONAL 187
PRIMA DE DEDICACION EXCLUSIVA 159
PRIMA DE NAVIDAD 159
RENTAS DE DESTINACION ESPECIAL 187
RENTAS CAUSADAS - Cobro 187
REVISION DE CONTRATO 182
185
REVISION DEL CONTRATO - Salvamento de voto 165
168
203
SERVIDOR PUBLICO 211
SOLUCION DE CONTINUIDAD 199

SECCION PRIMERA

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Improcedencia 301
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Titularidad 323
ACCION DE NULIDAD - Aclaración de voto 489
ACTO ADMINISTRATIVO 310
ACTO COMPLEJO 223
ADICION PRESUPUESTAL - Improcedencia 464
AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO 333
ALCALDE - Funciones 407
ARANCEL DE ADUANAS 262
401
AREA METROPOLITANA 443
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL 310
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones 377
ASILO - Gastos 385

Pág.

ASOCIACION DE CRIADORES DE RAZAS PURAS 434
AUDITOR FISCAL - Creación 365
AUTONOMIA JUDICIAL 497
AUTORIDAD DE TRANSITO 478
AUXILIOS 344
AUXILIOS - Improcedencia 352
CAMBIO DE RADICACION - Improcedencia 497
CELEBRACION DE CONTRATOS 344
352
CIRCULAR EXTERNA 451
CIUDADANO EN EJERCICIO 323
CLASIFICACION ARANCELARIA 401
COADYUVANTE - Facultades - Aclaración de voto 489
COMPETENCIA 301
365
COMPETENCIA FUNCIONAL 363
472
COMPETENCIA POR CUANTIA 472
COMPETENCIA RESIDUAL 242
323
COMUNIDAD INDIGENA 281
CONCEJO INDIGENA 281
CONCEJO MUNICIPAL 242
323
363
365
CONCEJO MUNICIPAL - Facultades 443
CONCESION PORTUARIA 492

	Pág.
CONCESION PORTUARIA - Requisitos	328
CONGRESO - Funciones	272
	419
CONTRALOR MUNICIPAL	365
CONTRATACION ADMINISTRATIVA	419
CONTROL JURISDICCIONAL	242
	323
CUANTIA - Determinación	472
CUANTIA - Determinación - Salvamento de voto	476
DECRETO EJECUTIVO	272
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES	242
	323
DECRETO LEGISLATIVO DE COMISION LEGISLATIVA	497
DELEGACION DE FUNCIONES	429
DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia	407
	434
DEMANDA - Ineptitud	223
DEMANDA - Requisitos	472
DERECHO DE ASOCIACION	297
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD	323
DERECHO DE ACCION	301
EDUCACION SUPERIOR	451
EMPLEADO PUBLICO - Reelección	230
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	344
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Inexistencia	385
ESPACIO PUBLICO	478

Pág.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 497
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 478
FALTA DE JURISDICCION 415
FALTA DE NOTIFICACION 333
FISCAL GENERAL DE LA NACION 429
FUNCION PUBLICA - Inexistencia 337
GANADERIA 434
HOMEOPATIA 451
HONORARIOS PROFESIONALES - Regulación 337
ICFES - Facultades 451
IGUALDAD ANTE LA LEY 352
IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES 314
INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES 370
INSPECTOR DE POLICIA - Reelección 230
INTERPRETACION DE LA LEY 451
INTERPRETACION PREJUDICIAL 301
JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES - Regulación 377
JUICIO CIVIL DE POLICIA 415
JUNTA MUNICIPAL DE DEPORTES 469
297
JUNTA METROPOLITANA - Facultades 443
JURISDICCION ROGADA - Salvamento de voto 476
LEGITIMACION PROCESAL 323
LEY ESPECIAL 401
407
LIBERTAD DE ASOCIACION 434
LIBRO DE GENEALOGIAS 434

Pág.

MINISTERIO DE AGRICULTURA - Facultades 434
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Facultades 385
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL -
Estructura 272
MONOPOLIO DE LICORES 314
NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA 242
323
NULIDAD PROCESAL - Improcedencia 333
ORDENANZA DEPARTAMENTAL 310
PERSONAS SIN ANIMO DE LUCRO 352
PODER ESPECIAL 337
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites 248
PRESUPUESTO MUNICIPAL 464
PRINCIPIO DE AUTONOMIA 281
PRINCIPIO DE AUTONOMIA JUDICIAL 248
PUBLICACION 310
PUBLICACION - Intervalo 328
REGIMEN DE ADUANAS 262
REGLAMENTACION DE CODIGOS 248
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 363
SELECCION DEL CONTRATISTA - Procedimiento 419
SERVICIO DE PARQUEO 478
SESIONES EXTRAORDINARIAS 310
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA 344
SOCIEDAD PORTUARIA 492

Pág.

SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR - Funciones 419

SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS 328
492

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Facultades 451

SUSPENSION PROVISIONAL 297
328
464

TASA 478

TERCEROS - Aclaración de voto 489

TESORO PUBLICO 385

TESTIMONIO PARA FINES NO JUDICIALES 407

TESTIMONIO SIN CITACION DE PARTE 407

TRANSFERENCIA DE CREDITOS - Improcedencia 464

TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA 301

TRIBUNAL NACIONAL ADMINISTRATIVO 472

USO DEL SUELO 443

SECCION SEGUNDA

ABANDONO DEL CARGO 541
593
743

ACCION DE NULIDAD 688
725

ACCION DE NULIDAD - Improcedencia 625

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 651
779

Pág.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Aclaración de voto 639
642

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia 788

ACLARACION DE VOTO - Improcedencia 569

ACTO ADMINISTRATIVO 651
669

ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia 774

ACTO ADMINISTRATIVO - Requisitos 651

ACTO DEFINITIVO - Inexistencia 625

ACTO DE CARACTER GENERAL 725

ACTO *FICTO* - Recursos 630

ACTO PARTICULAR 884
889

ACTO PRESUNTO 785
788

ADPOSTAL - Naturaleza Jurídica 655

AFIRMACION BAJO JURAMENTO 573

AJUSTE DE VALOR 675

ANALOGIA 858

ANALOGIA - Improcedencia - Salvamento de voto 665
865

APORTES PARAFISCALES 877

ASIGNACION DE RETIRO 605

AUXILIO DE ALIMENTACION - Factor Salarial 782

CADUCIDAD 651
669

	Pág.
CADUCIDAD - Cómputo	635
CADUCIDAD - Improcedencia	779
	812
	869
CADUCIDAD-Término-Aclaración de Voto	639
	642
CARGA DE LA PRUEBA	573
CARRERA ADMINISTRATIVA-Estabilidad	683
CARRERA ADMINISTRATIVA - Ingreso	683
CARRERA JUDICIAL	832
CARRERA JUDICIAL - Inscripción	818
COMISION DE LA MESA	807
COMPETENCIA FUNCIONAL	765
	774
COMPETENCIA	587
COMPETENCIA POR CUANTIA	584
	782
CONCEJO MUNICIPAL	792
CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO - Salvamento de voto	722
CONGRESO - Facultades	884
	889
CONGRESO DE LA REPUBLICA	872
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades - Salvamento de voto	770
CONTROL JERARQUICO	655
COPIA DEL ACTO	573
CORRECCION MONETARIA - Improcedencia	675
COSA JUZGADA	557

	Pág.
COSA JUZGADA - Inexistencia	849
CUENTA DE COBRO	675
DEBIDO PROCESO	573
DECAIMIENTO DEL ACTO	519
DECANO - Nombramiento	874
DECLARACION DE CONDENA - Cumplimiento	774
DELEGACION DE FUNCIONES	799
DEMANDA	731
DEMANDA - Ineptitud	648
	651
	698
	759
	774
	785
DEMANDA - Interpretación	713
	754
	792
DEMANDA - Requisitos	573
	698
	731
	759
DERECHO DE DEFENSA	573
DERECHO SUSTANCIAL - Prevalencia	792
DESCUENTO-Improcedencia - Salvamento de voto	665
	865
DESTITUCION	573
DESTITUCION - Improcedencia	858
DESTITUCION - Procedencia	531
	841
DESVIACION DE PODER	693
DIRECTOR	587

	Pág.
DIRECTOR - Facultades	655
DIRECTOR REGIONAL	799
DIRECTOR GENERAL - Funciones	799
DOCENTE DE DEDICACION EXCLUSIVA	889
DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO	613
EDAD DE RETIRO	849
	850
EMPLEADO DE PERIODO	807
EMPLEADO DEPARTAMENTAL	858
EMPLEADO DEL CONGRESO	807
EMPLEADO MUNICIPAL	750
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia - Salvamento de voto	665
	865
EMPLEADOS PUBLICOS - Clasificación	552
EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA - Naturaleza Jurídica	765
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL DISTRITO	765
ENTIDAD TERRITORIAL	750
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	799
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES	552
ESCALAFON DOCENTE - Ascenso	735
ESCALAFON DOCENTE - Exclusión	613
ESCALAFON DOCENTE - Experiencia	735
ESCALAFON JUDICIAL	832
ESTABILIDAD - Inexistencia	613
ESTATUTOS	688

	Pág.
EXCEPCION DE ILEGALIDAD	552
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Salvamento de voto	770
FABRICA DE LICORES DEL ATLANTICO	552
FONDO NACIONAL HOSPITALARIO	511
FUNCIONARIO JUDICIAL - Estabilidad	832
FUNCIONARIO JUDICIAL - Reelección	832
HOJA DE SERVICIOS MILITARES	605
HORAS EXTRAS	872
HUELGA - Salvamento de voto	722
HUELGA - Declaratoria	713
IMPEDIMENTO	517
INCAPACIDAD LABORAL	743
INCIDENTES - Preclusión	558
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES	774
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO	698
	759
INSCRIPCIONES EN CARRERA - Improcedencia	832
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR	799
INSPECTOR DE TRABAJO - Concepto Previo	693
INSUBSISTENCIA	563
	613
	693
INSUBSISTENCIA - Improcedencia	655
	799
	807

	Pág.
INSUBSISTENCIA - Persecución	704
INSUBSISTENCIA - Procedencia	541
	683
INTERES DIRECTO - Improcedencia	517
INTERESES	605
JEFE SECCIONAL - Facultades	563
JORNADA NOCTURNA - Improcedencia	872
JUNTA ADMINISTRADORA - Facultades	511
JUNTA DIRECTIVA - Facultades	799
JUNTA DIRECTIVA - Inscripción	599
JUNTA SUBDIRECTIVA REGIONAL - Improcedencia	688
JUNTA SUBDIRECTIVA MUNICIPAL	688
JURISDICCION ORDINARIA	765
	774
JURISPRUDENCIA - Naturaleza	698
LEY ESPECIAL	605
MESADA PENSIONAL	605
MINISTRO - Facultades	655
NOTARIO	849
NOTARIO - Régimen Aplicable	850
NOTIFICACION	651
NOTIFICACION - Improcedencia	743
PAGO	675
PENSION DE JUBILACION - Imprescriptibilidad	669
PENSION DE JUBILACION - Liquidación	824
PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento	754

	Pág.
PENSION DE JUBILACION - Reliquidación	812
PERDIDA DE LA PENSION - Abolición	605
PERIODO CONSTITUCIONAL	807
PERSONAL DOCENTE - Prohibiciones	613
PERSONAL MILITAR	605
PLANTA DE PERSONAL - Régimen Aplicable	743
	872
PLIEGO DE CARGOS	573
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites	849
PRESCRIPCION	605
PRESENTACION PERSONAL	731
PRESTACIONES SOCIALES	812
PRESTACIONES SOCIALES - Auxilio de Cesantías	750
PRESTACIONES PERIODICAS	812
	869
PRESUNCION DE LEGALIDAD	651
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	713
	754
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	725
PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD	557
PRINCIPIO DE PRECLUSION	557
PROCESO DISCIPLINARIO	531
	541
	573
	841
PROCESO DISCIPLINARIO - Improcedencia	743

	Pág.
PROCESO DISCIPLINARIO - Régimen Aplicable	858
PROTECCION A LA MATERNIDAD	693
PROVIDENCIA DE CONDENA - Salvamento de voto	665
	865
PROVIDENCIAS JUDICIALES	621
QUORUM	713
REAJUSTE MONETARIO - Improcedencia	605
RECTOR - Facultades	884
	889
RECURSO DE APELACION - Improcedencia	785
	584
	621
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Finalidad - Salvamento de voto	645
RECHAZO - Improcedencia	731
REMOCION - Improcedencia	792
RESERVA MORAL	832
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia	725
RETROACTIVIDAD - Improcedencia	812
SALARIO	625
SALVAMENTO DE VOTO - Efectos	569
SANCION	531
SANCION DISCIPLINARIA	858
SANCION DISCIPLINARIA - Tipificación	573
SECRETARIO DE JUZGADO - Requisitos	818
SECRETARIO GENERAL - Período	792

	Pág.
SENTENCIA	584
SENTENCIA DE CONDENA	675
SERVICIO MEDICOS EXTERNOS	675
SERVICIO SECCIONAL DE SALUD - Régimen Aplicable	563
SERVIDOR PUBLICO - Régimen Jurídico Salvamento de voto	770
SILENCIO ADMINISTRATIVO - Improcedencia	651
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO	785
	788
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Inexistencia	785
SINDICATO - Salvamento de voto	722
SINDICATO - Régimen Aplicable	688
SINDICATOS - Disolución	599
SINDICATOS - Fusión	599
SISTEMA NACIONAL DE SALUD	743
SUBSIDIO FAMILIAR - Solidaridad	877
TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES	688
TERMINOS - Improrrogabilidad	557
TERMINOS PERENTORIEDAD	557
TRABAJADOR OFICIAL	765
TRABAJADOR SINDICALIZADO - Salvamento de voto	722
TRABAJADOR NO SINDICALIZADO - Salvamento de voto	722
TRASLADO	593
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	584
	782

	Pág.
ULTIMO AÑO DE SERVICIO	812
	824
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL	587
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA	884
	889
VACANCIA DEL CARGO	743
VACANCIA DEL CARGO - Procedencia	743
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento	630
	785
VIATICOS - Fijación	587