REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXIII
TERCER TRIMESTRE
PRIMERA PARTE

JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE

1993

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

TERCER TRIMESTRE DE 1993

Presidente
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Vicepresidente
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Secretaria General
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

Dr. Miguel González Rodríguez
Presidente
Dr. Yesid Rojas Serrano
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
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. Joaquín Barreto Ruíz
Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

Secretaria
Dra. Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Dr. Juan de Dios Montes Hernández
Presidente
Dr. Daniel Suárez Hernández
Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Julio César Uribe Acosta

Secretaria
Dra. Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

Dr. Jaime Abella Zárate
Presidente
Dra. Consuelo Sarria Olcos
Dr. Guillermo Chahín Lizcano
Dr. Delio Gómez Leyva

Secretario
Sr. Jorge A. Torrado Torrado (hasta el 31 de julio), Srta. Judith López Díaz (E) (Desde el 1° de agosto hasta el 15 de septiembre), Dr. Carlos Alberto Flórez Rojas (Desde el 16 de septiembre)

SECCION QUINTA

Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Presidente
Dra. Miren De La Lombana De Magyaroff
Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Miguel Viana Patiño

Secretario
Dr. Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Humberto Mora Osejo
Presidente
Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Jaime Betancur Cuartas
Dr. Roberto Suárez Franco

Secretaria
Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURIAS DELEGADAS

1. Dra. Libia Zuluaga Uribe
2. Dra. Edné Cohen Daza
3. Dr. Jaime Ossa Arbelaez
4. Dr. Jairo Maya Betancourth
5. Dra. María Eugenia Samper Rodríguez
6. Dra. Margaritá Olaya de Obando
7. Dra. Luz Stella Pena de Mendez
8. Dra. Inés Hurtado Cubides
9. Dr. Fernando Ospina Henao

RELATORES

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
Dr. Danilo Rojas Betancourth

SALA

PLENA

SANCION POR IRRESPETO A DECISION JUDICIAL/ SANCION CORECCIONAL/MULTA

Revisadas las declaraciones completas del Ministro, encuentra la Sala que en ellas obran expresiones que si bien en sí mismas no son ofensivas, no dejan de ser inadecuadas y ligeras cuando se utilizan para referirse a una sentencia judicial. No puede pasar por alto la Sala su exceso retórico, que los llevó a expresiones sarcásticas e inadecuadas, contrarias al respeto y buen entendimiento que debe existir entre los representantes de los distintos poderes públicos; por ello, considera la Corporación que hay lugar a imponerle sanción correccional de multa.

Consejo de Estado -Sala Plena, Santafé de Bogotá, D.C., julio veintitrés (23) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente N° C-235.Trámite y Aplicación art. 114 C.C.A.

Conoce la Sala Plena del Consejo de Estado de la averiguación abierta con fundamento en el artículo 114 del Código Contencioso Administrativo, en orden a determinar si hay lugar a imponer las sanciones correccionales allí señaladas, a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, Doctor Rudolf Hommes Rodríguez, y de Salud, Doctor Juan Luis Londoño de la Cuesta, y al señor Director del Departamento Nacional de Planeación, Doctor Armando Montenegro Trujillo, por razón de las declaraciones públicas que emitieron los días 4 de junio y siguientes del año en curso, con ocasión y como consecuencia del fallo proferido por la Sección Primera de la Corporación dentro del expediente N° 2138.

LA ACTUACION

Recopilados los documentos probatorios -publicaciones de prensa y grabaciones en video y magnetofónicas- que recogieron las declaraciones, se dio traslado del

expediente a los funcionarios interesados, quienes respondieron personalmente por escrito, según consta a folios 146 a 152, 237 a 239, 245 a 249 y 251 a 255 del cuaderno principal.

Cumplido el traslado y con él la oportunidad de ejercer el derecho de defensa de los implicados, se procede a decidir, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

El acervo probatorio demuestra que los doctores Hommes Rodríguez, Londoño de la Cuesta y Montenegro Trujillo, con ocasión y como consecuencia del fallo proferido por la Sección Primera de la Corporación que declaró la nulidad del artículo 3° del Decreto 777 de 1992, en su condición de Ministros del Despacho los primeros y de Director de Departamento Administrativo el último, el día 4 de junio del año en curso dieron declaraciones a los distintos medios de comunicación, referidas al fallo en cuestión, concediendo incluso una rueda de prensa, en la que cada uno de los funcionarios expresó su pensamiento al respecto.

El doctor Londoño de la Cuesta, además, al día siguiente concedió otras declaraciones a la Cadena Radial R.C.N. refiriéndose nuevamente al fallo de la Corporación.

Esta Sala decidió iniciar la correspondiente averiguación, en ejercicio del poder correccional del que está investido el Consejo de Estado que le permite sancionar a quien le falte al debido respeto en el desempeño de sus funciones o como consecuencia de su ejercicio (art. 114 Código Contencioso Administrativo).

El caso del Ministro Hommes Rodríguez

El doctor Hommes Rodríguez en sus declaraciones expresó: "nos han puesto a vivir en el extraño mundo de don Subuso"; "Se está presentando una situación jurídica y una discusión jurídica que viene de hace rato, que me recuerda una tira cómica que salía yo creo en el Espectador cuando yo era joven que se llamaba el extraño mundo de don Subuso, allí hacían casas en el aire y no se caían y hacían una cantidad de cosas que eran imposibles, a mí me llamaba la atención. Yo tengo mi impresión de que hoy en día el Consejo de Estado está haciendo también ese tipo de cosas en el aire"; "ahora, ellos no están solos, desde hace rato hay una discusión por parte de juristas muchos de ellos muy allegados al movimiento de Salvación Nacional"; "estamos en un preciosismo de tipo jurídico que me recuerda a mi la época en que aquí hacían guerras civiles por un verso"; "estamos sacrificando la razón ...por unas intepretaciones gramáticas de la Constitución"; "yo veo eso el triunfo de la gramática sobre la razón".

En sus explicaciones el Señor Ministro de Hacienda, dice que tal como lo expresó en la rueda de prensa que tuvo lugar el 4 de junio, respeta y acata plenamente las decisiones del Consejo de Estado, pero que cree que ello no le obliga a compartir las

decisiones ni le impide criticarlas y que ésto fue lo que hizo al expresar su desacuerdo con el fallo que anuló el artículo 3° del Decreto 777 de 1992. Agrega que al decir que lo consideraba como "el triunfo de la gramática sobre la razón" lo que quiso subrayar fue su impresión de que la Sección Primera hizo prevalecer el tenor literal de un texto constitucional susceptible de varias interpretaciones, preocupación que ha sido compartida por algunos importantes columnistas como aparece en escritos cuya copia adjunta. Afirma por otra parte que aún los funcionarios públicos tienen la libertad de expresar sus opiniones, obviamente de manera respetuosa y que además, la fijación de posiciones de parte de las autoridades permite mantener informada a la opinión sobre el manejo de la cosa pública.

Refiriéndose a los términos precisos de sus declaraciones, dice que no tuvo ánimo irrespetuoso o nocivo respecto de la Corporación, que en relación con el soporte del fallo comentó que era excesivamente formalista y que al hacerse prevalecer la letra se sacrificaba la esencia del Estado Social de Derecho. Manifiesta que su crítica de ninguna manera implica desacato a la sentencia ni al Consejo y que incluso, ante unas afirmaciones suspicaces de un periodista que pretendía hacerle decir que el fallo era político, aclaró en varias ocasiones que no había dicho tal cosa y que sus críticas eran estrictamente conceptuales y teleológicas.

Acepta que algún aparte de sus palabras pueda ser tenido como irónico o sarcástico, pero ruega que, si así fuere, se tenga en cuenta el contexto de su declaración y que no es irrespeto ni desacato la utilización de figuras retóricas para expresar una mera opinión sobre un punto que admite variedad de opiniones.

Finalmente expresa las razones que le causaron intensa preocupación y su sorpresa e inquietud al momento de pronunciarse sobre las posibles consecuencias del fallo y termina diciendo que en su sentir la situación no amerita el ejercicio de los poderes correccionales del Consejo de Estado y que no puede aislarse la Corporación de las opiniones y criterios de quienes más interés tienen en que su autoridad se acate, pues ello no le prestaría un servicio al desarrollo de las ideas y de la jurisprudencia.

En escrito posterior el Ministro agrega que desde que el Consejo de Estado fijó su posición jurídica respecto al artículo 3° del Decreto 777 de 1992, manifestó su discrepancia con esa interpretación y así lo exteriorizó mediante la interposición y sustentación de recursos y a través de varias declaraciones públicas y que la circunstancia de no haber sido compartida su opinión por el Consejo, determinaba por supuesto la obligación de cumplir la decisión pero no de cambiar de opinión porque la diferencia de opiniones es la esencia misma de la democracia. Reitera que su posición no supone duda de su parte respeto a la independencia y seriedad de los miembros de la Corporación y que no puede ser responsable de la presentación que determinados medios o comentaristas hayan dado a sus declaraciones.

Termina anunciando que se someterá dentro de las vías procesales, a la decisión que la Sala adopte en este asunto.

Revisadas las declaraciones completas del Ministro, encuentra la Sala que en ellas obran expresiones que si bien en sí mismas no son ofensivas, no dejan de ser inadecuadas y ligeras cuando se utilizan para referirse a una sentencia judicial. Es cierto que nuestro sistema democrático garantiza el derecho a la libertad de expresión y que de él no están excluidos los funcionarios públicos, pero como el mismo Ministro lo anota, tal derecho debe ejercerse siempre dentro del debido respeto, más aún cuando las opiniones se expresan por funcionarios de alta investidura y con el objeto de formar opinión pública acerca de las actuaciones de los órganos que administran justicia, pues en este caso la libertad para expresar y defender opiniones debe estar enmarcada además, dentro de la más estricta seriedad y comedimiento. La alta investidura antes que permitir un desborde en las expresiones, implica una limitante adicional, toda vez que quien tiene grandes responsabilidades tiene grandes deberes y entre ellos uno de los más importantes, el de dar un buen ejemplo.

Por otra parte, puede presentarse como disculpa, pero en ninguna forma como justificación, la sorpresa y la inquietud que dice el Ministro le causó la decisión judicial, porque la prudencia que es norma de buena conducta, aconseja no tomar actitudes con precipitud, de manera que si el ánimo se encontraba perturbado, lo aconsejable era que no se hubiera emitido declaración alguna hasta que hubiera retornado a la serenidad.

Es cierto que la imputación grave de que el fallo fue influido por un movimiento político, fue aclarada por el propio Ministro, quien rechazó esta interpretación a continuación en la misma rueda de prensa cuando ante la pregunta de un periodista de si había una "trinca" entre el Consejo y Salvación Nacional responde: "No tengo conocimiento de que exista una trinca y no creo que haya una trinca" y más adelante al afirmar enfáticamente que "si mañana aparece en alguna parte que nosotros estamos diciendo que se está politizando el Consejo de Estado sería una tergiversación de lo que se ha dicho aquí" "no estamos diciendo y aclaro y si sale que yo dije que el Consejo de Estado está politizado es una tergiversación porque eso no le he dicho".

Pero no puede pasar por alto la Sala su exceso retórico, que lo llevó a expresiones sarcásticas e inadecuadas, contrarias al respeto y buen entendimiento que debe existir entre los representantes de los distintos poderes públicos; por ello, considera la Corporación que hay lugar a imponerle sanción correccional de multa en la cuantía de treinta mil pesos ($ 30.000) según lo previsto por el artículo 1° del Decreto 2269 de 1987.

El caso del Director de Planeación doctor Montenegro Trujillo

El doctor Montenegro Trujillo se pronunció así respecto del fallo de la Sección Primera: "esta interpretación que tenemos ahora es un golpe directo a los colombianos pobres que va completamente en contra de la Constitución Nacional"; "se pide

lo imposible a sabiendas de que es imposible, simplemente por guardar una apariencia legal aérea y nebulosa de las normas jurídicas, distantes de la realidad de Colombia"; "insisto, se está golpeando a los más pobres simplemente por discusiones y elegancias aéreas de normas jurídicas"; "eso va en contra de toda la interpretación sensata de toda la Constitución"; "lo que ha habido con esto es un cambio de doctrinas como en muchas cosas, hacia lo irreal y hacia lo poco práctico"; "como habría surgido una interpretación desde la letra de verbo, del verso de lo irreal como la que ahora estamos viendo".

Al rendir sus explicaciones el señor Director puso de presente que en sus declaraciones no existe manifestación de la cual pueda deducirse desobediencia a lo decidido en la sentencia y que por el contrario, todas las consideraciones parten de la base de que debe ser cumplida y acatada. Que sus primeros comentarios estuvieron dirigidos a establecer que su acatamiento generaría consecuencias que ocasionan serios traumatismos sociales y que por esa razón expresó su preocupación en relación con las interpretaciones de textos constitucionales que "dejaban sin salud y educación a los colombianos más pobres", pues entendía que ese resultado contrariaba el espíritu del constituyente de 1991.

Agrega que otros comentarios expresaban que más allá de la razón de la decisión jurisdiccional, suponía una exigencia de imposible cumplimiento, afirmación que fue sustentada suficientemente en las alegaciones del proceso y que en último término sus declaraciones se ocuparon del viraje jurisprudencial que el fallo representó frente al criterio que había establecido en el pasado la Corte Suprema de Justicia a propósito de una exigencia similar de la antigua Constitución.

Concluye que con sus declaraciones no ha pretendido violar, desconocer ni ofender en manera alguna la condición de dignidad del honorable Consejo de Estado y de sus integrantes, su autoridad en materia jurisdiccional ni mucho menos su honra, su fama o su decoro; que sus apreciaciones son una manifestación clara y franca de la libertad de expresión y difusión del pensamiento y de la opinión consagrada en la Carta Constitucional y que sin dejar de cumplir sus funciones como funcionario público ni comprometer la responsabilidad de la administración, obedece, respeta y acata el fallo, pero ejercita el derecho, más humano que simplemente constitucional, de hacer explícita su opinión.

Como puede apreciarse, la situación del Director es similar a la del Ministro de Hacienda; el doctor Montenegro haciendo eco a lo manifestado por el Ministro, expresó menosprecio por el fallo que no vaciló en calificar como de apariencia legal, aérea y nebulosa y contrario a toda interpretación sensata de la Constitución. Por otra parte, su frase repetida de que la sentencia es un golpe directo a los colombianos más pobres, aparece claramente utilizada como un recurso dialéctico para que la opinión pública, a quien iban dirigidas sus declaraciones, viera en la Corporación a un agresor de los pobres.

De manera que aun cuando sus manifestaciones no indican intención alguna de desacato al fallo, sí son irrespetuosas y merecen el rechazo de la Corporación y la imposición de un correctivo, La Sala por tanto impondrá al señor Director una multa de treinta mil pesos ($ 30.000).

El caso del señor Ministro Londoño de la Cuesta

El Ministro Londoño de la Cuesta manifestó así su opinión sobre el fallo: "la decisión representa el más duro golpe a la salud de los colombianos que grupo subversivo alguno le haya propinado al país en los últimos cinco años"; "Es una interpretación jurídica que resulta nada menos que absurda"; "me parece que es de un grado de irresponsabilidad mayor haber tenido esta conceptualización y espero que podamos salir avante con esta situación, si no los colombianos van a tener que decir que sus derechos constitucionales han sido pospuestos indefinidamente por esta situación"; "es como si le hubieran quitado a cada colombiano $ 5.000 anuales, le hubieran quitado a cada familia colombiana entre $ 20 y $ 25.000 y hubiéramos echado virtualmente a la calle a 10 millones de colombianos que no podrán en este segundo semestre del año ni en el primer semestre del año siguiente, decir, tenemos derechos constitucionales a recibir salud financiada por parte del gobierno"; "el Consejo de Estado con su pronunciamiento..... representa negarle el derecho a la salud a un conjunto demasiado importante de colombianos" ; "yo creo que uno no puede estar dando tumbos jurídicos de esta magnitud cada quince días"; "yo diría en general, que uno no puede, como diría el Ministro de Hacienda, por pulir un verso, sacrificar 10 millones de colombianos y pedirle al gobierno lo imposible"; "y pedirle a la gente muy comedidamente que esperen a que existan abogados sensatos en este país para poder enfermarse porque no vamos a poder atenderlos" "hasta tanto no haya decisiones razonables"; "yo insisto en un poco en la magnitud del problema al que estamos abocados por este tipo de decisiones, estamos teniendo 282 hospitales a punto de ser cerrados, 10 millones de colombianos a punto de quedar en la calle sin salud, con lo cual le hemos sacado de la mano o del bolsillo al 20% más pobre de la población el 10% de su ingreso"; "decisión por más fundamentos jurídicos que tenga, totalmente irracional desde el punto de vista del bienestar y del funcionamiento del Estado"; "es un perfecto desconocimiento de la normatividad"; "uno no puede atentar contra la salud de los colombianos por una interpretación jurídica que es absurda"; "cuando mañana me llegue un muchacho al San Juan de Dios yo le voy a tener que decir que el Consejo de Estado dictaminó que el ejercicio a su derecho social, que su derecho constitucional a la salud no se puede ejercer porque no le entrego la plata directamente a la burocracia"; "a mi me parece inaceptable desde el punto de vista moral que la defensa gramatical de un texto... permita que 10 millones de colombianos puedan quedarse sin atención de salud"; "de esta decisión se ha derivado una consecuencia muy grave para los colombianos que es la posibilidad de que pierdan el derecho a la salud 10 millones de colombianos".

Rindió el señor Ministro sus explicaciones afirmando que tanto el Gobierno Nacional, como el Ministro de Salud en particular han acatado el fallo proferido por la Sección Primera, que nunca lo han desobedecido y que precisamente en su acatamiento ha surgido una muy difícil situación de afrontar.

Dice que no oculta que disiente del fallo, no con respecto a su contenido, ya que no posee ninguna autoridad jurídica, pero sí en relación con sus consecuencias para el sector de la salud y que reflejo de ello fueron sus declaraciones quizás con expresiones desafortunadas como tuvo ocasión de manifestarlo por los mismos medios de comunicación y por escrito y verbalmente a algunos Consejeros.

Agrega que lo expresado no iba dirigido contra miembro alguno de la Corporación ni contra la Corporación misma, como lo prueba el hecho de que cuando algunos de sus miembros dieron declaraciones aludiendo a las suyas, él respetuoso de sus personas, evitó hacer comentario alguno.

Por último reitera que lamenta lo sucedido y espera que la situación se supere institucionalmente.

Claramente se ve que el señor Ministro de Salud fue el más profuso no sólo en sus calificativos irrespetuosos respecto del fallo sino en sus recursos dialécticos para lograr exacerbar la opinión pública en contra del Consejo de Estado. En lo primero, pasó del irrespeto a la ofensa y hasta a la injuria a la Corporación, comparando su actuación con los más duros golpes que ha recibido el país de los grupos subversivos; y en lo segundo, fue tan patética su presentación, que el propio Ministro de Hacienda tuvo que aclarar un poco el oscuro panorama que describía del futuro de la salud colombiana, diciendo que "aquí la conclusión más clara es que esas instituciones no se pueden quedar sin plata, no, así el Ministro diga que le vamos a quitar al San Vicente o que le vamos a quitar al San Juan de Dios, entonces nosotros tenenos que encontrar un mecanismo para darles plata y eso es lo que vamos a ponernos a buscar en los próximos tres días".

La gravedad de su irrespeto ameritaría sin duda la más severa sanción correccional; sin embrago, es innegable que el Ministro con entereza ha reconocido su falta y ha presentado privada y públicamente excusas a la Corporación, inclusive antes de que se iniciara este procedimiento, en carta fechada el 7 de junio, en la que ruega "acepten mis más rendidas excusas como ya lo hice públicamente en los medios de comunicación ..." , lo que permite razonablemente presumir que en el futuro no volverá a incurrir en una conducta similar. Y siendo éste uno de los objetivos de las medidas correccionales, estima la Sala que es suficiente como correctivo una sanción pecuniaria igual a la impuesta a los otros funcionarios.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en ejercicio del poder conferido por el artículo 114 del Código Contencioso Administrativo,

RESUELVE

Primero. Sancionar correccionalmente al doctor RUDOLF HOMMES RODRIGUEZ, Ministro de Hacienda y Crédito Público, con multa de TREINTA MIL PESOS ($ 30.000) por haber faltado al respeto al Consejo de Estado con ocasión de actuación proferida en ejercicio de sus funciones oficiales.

Segundo. Sancionar correccionalmente al doctor JUAN LUIS LONDOÑO DE LA CUESTA, Ministro de Salud, con multa de TREINTA MIL PESOS ($ 30.000), por haber faltado al respeto al Consejo de Estado con ocasión de actuación proferida en ejercicio de sus funciones oficiales.

Tercero. Sancionar correccionalmente al doctor ARMANDO MONTENEGRO TRUJILLO, Director del Departamento Nacional de Planeación, con multa de TREINTA MIL PESOS ($ 30.000), por haber faltado al respeto al Consejo de Estado con ocasión de actuación proferida en ejercicio de sus funciones oficiales.

El valor de las multas impuestas deberá ser consignado en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, Sucursal Avenida Jiménez - Cuenta N° 0700-20101-5 a favor de la Nación - Consejo Superior de la Judicatura, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Notifíquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Salud y al señor Director del Departamento Nacional de Planeación informándoles que contra esta providencia sólo procede el recurso de reposición, dentro de los tres días siguientes al de la notificación.

Comuníquese al Consejo Superior de la Judicatura

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala Plena en sesión de julio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahin Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate*, Salvo voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz*, Salvo voto; *Jaime Betancur Cuartas, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de La Lombana de Magyaroff*, Salvo voto, *Clara Forero de Castro*, Salvo voto; *Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Javier Henao Hidrón*, Con salvamento de voto; *Luis Eduardo Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna*, Con aclaración de voto; *Juan de Dios Montes Hernández*, Salvo voto, *Humberto Mora Osejo*, Con salvamento de voto, *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos* Salvo el voto, *Roberto Suárez Franco*, Con aclaración de voto, *Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta* Con salvedad de voto; *Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno*, Salvo el voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto del Dr. JAIME ABELLA ZARATE se reduce a lo siguiente: Con mi acostumbrado respeto hacia mis compañeros, explico que no compartí el criterio que culminó con la providencia sancionatoria

por las razones sobre oportunidad y forma de aplicar la facultad conferida por el artículo 114 del C.C.A. que explica la doctora CONSUELO SARRIA OLCOS en el salvamento al cual me adhiero a este salvamento también se adhiere el Dr. DIEGO YOUNES MORENO. Que las declaraciones fueran o no irrespetuosas formaban parte precisamente de la averiguación que debería adelantar la Procuraduría, no siendo nosotros ya los llamados a calificarlas. El salvamento de voto del Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO refiere lo siguiente: Me aparto respetuosamente del sentir mayoritario de la Sala en aquel aspecto del fallo que contempla una sanción de tipo correccional impuesta al señor Ministro de Hacienda, doctor Rudolf Hommes Rodríguez, consistente en una multa por valor de $ 30.000. La razón no es otra que desde un principio compartí los términos y argumentaciones contenidos en el proyecto de ponencia que inicialmente fue presentado a consideración de la Sala, mediante la cual no se sancionaba al señor Ministro de Hacienda por razón de los hechos relatados, y a las consecuencias que en ella se llegaba. En la parte pertinente de dicho proyecto, que yo acogí, se expresaba:

"...Encuentra sin embrago la Sala que en verdad el señor Ministro en todo tiempo ha manifestado su acatamiento y respeto al fallo (fls. 69, 110) y que sus expresiones, sarcásticas unas e inadecuadas otras, escuchadas dentro del contexto de todo lo dicho, evidentemente no expresan nada distinto a que en su sentir el fallo se fundamentó en una interpretación extraña y exética de la norma constitucional; grave sí es la imputación de que el fallo fue incluido por un movimiento político, pero esta acusación tan solo aparente, pues el mismo Ministro rechazó esta interpretación a continuación en la misma rueda de prensa cuando ante la pregunta de un periodista de si había una "trinca" entre el Consejo y Salvación Nacional respondió: "No tengo conocimiento de que exista una trinca y no creo que haya una trinca" y más adelante al afirmar enfáticamente que "si mañana aparece en alguna parte que nosotros estamos diciendo que se está politizando el Consejo de Estado sería una tergiversación de lo que se ha dicho aquí" "no estamos diciendo y aclaro, y si sale que yo dije que el Consejo de Estado está politizando es una tergiversación porque eso no lo he dicho". Estas consideraciones llevan a la Sala a aceptar las explicaciones del Ministro de que en ningún momento tuvo ánimo irrespetuoso o nocivo hacia la Corporación y desde esta perspectiva estima que no hay lugar a imponerle sanción correccional...". A este salvamento adhiere la Dra. CLARA FORERO DE CASTRO.

DEBIDO PROCESO/NORMA LEGAL- Insubsistencia/**INSUBSISTENCIA NORMATIVA/INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE**
(salvamento de voto)

La Constitución de 1991 no reprodujo la excepción al debido proceso que sí contenía la de 1886 en su artículo 27, quedando así, sin sustento constitucional, todas las normas que, como el artículo 114 del C.C.A., habían desarrollado la norma de la carta que facultaba a los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción para "castigar sin juicio previo" a quien los injuriara o les faltara al respeto.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Salvamento de Voto, Santafé de Bogotá, D.C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia: Expediente N° C-235. Trámite y Aplicación del artículo 114 del C.C.A.

Con el mayor respeto por la opinión mayoritaria de la Corporación, me permito consignar las razones por la cuales no comparto la decisión adoptada por la Sala en este caso.

Dice el auto que antecede, que el presente "es un procedimiento correccional adelantado en ejercicio del poder de coerción del que según el artículo 114 del Código Contencioso Administrativo, está investido el juez de esta jurisdicción". Vale decir, que el Consejo de Estado considera que el aludido artículo 114 se encuentra vigente y que, en consecuencia, está facultado por él para imponer las sanciones correccionales previstas en tal norma.

Empero, en mi sentir tal norma quedó insubsistente al entrar en vigencia la Constitución Política de 1991, por las razones que a continuación se exponen:

1. La anterior Constitución Política establecía el principio del debido proceso en el artículo 26, en los siguientes términos:

> "Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Por su parte el artículo 27, *ibídem*, estableció de manera expresa, algunas excepciones al principio del debido proceso, al disponer lo siguiente:

> "Artículo 27. **La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo**, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley:
>
> 1. **Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo;**
>
> 2. Los jefes militares, los cuales podrán imponer penas *in continenti*, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo;
>
> 3. Los capitanes de buque, que tienen, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo" (La negrilla no es del texto)

El anterior ordinal 1° fue desarrollado por diferentes normas con categoría de ley, tales como el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 68-16, 127-18 y 184-14 del Código de Régimen Político y Municipal y el artículo 114 del Código Contencioso Administrativo, y precisaron los términos en que las autoridades podían ejercer el poder correccional establecido en el aludido canon constitucional. Fue así, como el artículo 114 del C.C.A., dispuso:

> "Artículo 114. Imposición de sanciones correccionales. El Consejo de Estado, sus salas o secciones o cualquiera de sus miembros tienen facultad para sancionar correccionalmente, previa averiguación que garantice el derecho de defensa, con multa hasta de diez mil pesos ($ 10.000) o arresto hasta de diez (10) días, a quienes desobedezcan sus órdenes o falten al respeto a la corporación o a cualquiera de sus miembros en el desempeño de sus funciones oficiales o como consecuencia de su ejercicio".

2. Sin embargo, la Constitución de 1991 no reprodujo la excepción al debido proceso que sí contenía la de 1886 en su artículo 27, quedando así, sin sustento constitucional, todas las normas que, como el artículo 114 del C.C.A., habían desarrollado la norma de la Carta que facultaba a los funcionarios que ejercen autoridad

o jurisdicción para **"castigar sin juicio previo"** a quien los injuriara o les faltara al respeto.

3. Pero es más. La nueva Constitución, no sólo dejó sin sustento las normas legales que desarrollaban las excepciones al debido proceso, sino que sometió a dicho principio, a todas las actuaciones judiciales y administrativas, al disponer en su artículo 29 en forma perentoria, que:

> **"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.**
>
> **Nadie podrá ser juzgado sino** conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, **ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.**
>
> En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
>
> Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
>
> Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso" (las negrillas no son del texto).

Fluye de la norma transcrita, que todas las actuaciones, -ya sean judiciales o administrativas- deben adelantarse con observancia del debido proceso.

4. Es de la esencia del debido proceso, que el juez que lo adelante sea **imparcial.** Es por ello, que instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos, establecen esta exigencia como requisito **sine qua non** de todo juzgamiento.

Pero antes de ver lo que establecen esos tratados internacionales, recordemos que el artículo 93 de nuestro ordenamiento constitucional, establece que:

> **"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos** y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen en el orden interno.**
>
> Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

Es decir, que de una parte, tales tratados internacionales prevalecen en el orden interno; y, de otra, que conforme a ellos deben interpretarse los derechos y deberes consagrados en la Carta.

Es innegable que el debido proceso hace parte de los derechos humanos, lo que permite afirmar, de conformidad con la norma transcrita, que "prevalece en el orden interno" lo que sobre el debido proceso establecen los tratados internacionales vigentes para Colombia.

Sentada la anterior premisa, veamos ahora sí, lo que sobre el particular establecen dos importantes instrumentos internacionales sobre la materia:

La **Carta Internacional de Derechos Humanos** establece lo siguiente, en su artículo 14:

> "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. **Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores..." (las negrillas no son del texto).

A su vez la Convención Americana sobre derechos Humanos o "**PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA**", preceptúa en su artículo 8°:

> "Garantías judiciales.
>
> 1. **Toda persona tiene derecho a ser oída**, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, **o de cualquier otro carácter**..." (Destaco).

De conformidad con lo anterior, es incuestionable que está vedado por la actual Constitución aplicar el artículo 114 del C.C.A. y demás normas similares, que desarrollan el poder disciplinario o correccional del cual habían sido investidos por la anterior Carta los funcionarios con autoridad o jurisdicción, pues no puede afirmarse que hay imparcialidad y por ende **debido proceso** en el juzgamiento o calificación de una conducta, cuando el juez o autoridad **ofendido** es el encargado de imponer la sanción.

Conviene precisar finalmente, que lo anterior no significa que las conductas de desacato o irrespeto a la autoridad, hayan dejado de tener relevancia jurídica y que por lo tanto no sean sancionables. Pues de una parte, el artículo 4° de la Constitución establece que "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades", y de otra, el artículo 6° ibidem, establece la responsabilidad que origina la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones por parte de los servidores públicos. Significa sí, que la conducta debe ser valorada y, de ser el caso, sancionada, atendiendo en un todo al **debido proceso** y por ende, por una autoridad imparcial.

Es por lo anterior, que a mi juicio el Consejo de Estado no puede conocer de la eventual falta cometida por los altos funcionarios del Gobierno, a que se refiere la presente actuación.

Joaquín Barreto Ruíz

SANCION POR IRRESPETO A DECISION JUDICIAL/COMPETENCIA
(Salvamento de Voto)

No es la Sala Plena la competente para considerar la posibilidad de dar aplicación al art. 114 del C.C.A., como si lo es la Sección a la que correspondió ejercer las funciones, como consecuencia de las cuales se produjo la conducta que se cuestiona.

Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Salvamento de Voto

Referencia: Expediente N° C-235. Trámite y Aplicación del artículo 114 del C.C.A.

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

El art. 114 del C.C.A. establece la atribución de imponer sanciones correccionales por parte del Consejo de Estado, sus Salas o Secciones o cualquiera de sus miembros a quienes desobedezcan sus órdenes o falten al respeto a la Corporación o a cualquiera de sus miembros en el desempeño de sus funciones oficiales o como consecuencia de su ejercicio, previa averiguación que garantice el derecho de defensa.

Es claro que la anterior facultad tiene como objeto que no se impida u obstaculice el cabal cumplimiento de las funciones atribuidas en un caso concreto a un Consejero en especial o a las Salas o Secciones y, por lo mismo, su aplicación es inherente al ejercicio de las funciones.

En este orden de ideas es claro, también, que la competencia para aplicar el artículo 114 en estudio no varía en razón de quien sea el ofendido: Si en ejercicio de

las funciones de uno de los miembros o como consecuencia de ellas, se dan los presupuestos establecidos en la disposición citada por ofensas a la Corporación o a cualquiera de sus Salas o Secciones, la competencia para dar aplicación al art. 114 sigue siendo del Consejero que ejerce las funciones correspondientes, sin que se traslade a la Sala o Sección que recibió la ofensa.

En el presente caso se observa que el motivo de las declaraciones de los funcionarios que dieron origen de la averiguación y posterior sanción, es una sentencia dictada por la Sección Primera de esta Corporación. En consecuencia no es la Sala Plena la competente para considerar la posibilidad de dar aplicación al art. 114 del C.C.A., como si lo es la Sección a la que correspondió ejercer las funciones, como consecuencia de las cuales se produjo la conducta que se cuestiona.

En este orden de ideas, considero que no se debió proceder por parte de la Sala Plena a realizar la averiguación sino por la Sección Primera, si consideraba que había lugar a ello.

Así las cosas, en mi concepto la Sala Plena debió abstenerse de dar aplicación al art. 114 del C.C.A. en lugar de aplicarlo como lo hizo.

De los señores Consejeros.

Miren de la Lombana de Magyaroff

Fecha ut supra

SANCION CORRECCIONAL-Improcedencia - (Salvamento de Voto)

Si la norma constitucional precitada (art. 27), rigió sin modificaciones desde 1886 hasta la expedición de la nueva Constitución en 1991 y bajo su amparo fue dictado el artículo 114 del Código Contencioso Administrativo, solamente permitía al funcionario injuriado o irrespetado imponer sanciones de multa o arresto, por hechos ocurridos EN EL ACTO EN QUE ESTE DESEMPEÑANDO LAS FUNCIONES DE SU CARGO, mal podría el Consejo de Estado imponer una de tales sanciones -ya no particulares sino de otros funcionarios públicos- por su actitud, posterior a la actuación proferida por una de sus secciones, de criticar la sentencia correspondiente.

Salvamento de Voto - Santafé de Bogotá, D.C., agosto once (11) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Referencia: Trámite y aplicación del artículo 114 del C.C.A. contra los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y de Salud y el Director de Planeación Nacional Radicación N° C-235

Expresé mi disentimiento, en su oportunidad, contra la decisión de la Sala Plena de la Corporación de iniciar investigación correccional contra dos Ministros de Estado y el Director del Departamento Nacional de Planeación. Ahora, con mayor razón, disiento de la decisión mayoritaria consistente en sancionar a cada uno de dichos funcionario con multa de treinta mil pesos ($ 30.000) "por haber faltado al respeto al Consejo de Estado con ocasión de actuación proferida en ejercicio de sus funciones oficiales".

Las razones son las siguientes:

El poder correccional es por esencia diferente del poder disciplinario. Este último se ejerce por el superior del empleado o por la autoridad competente de acuerdo con

la ley y consiste en un proceso que se adelanta por faltas a la disciplina y el comportamiento que deben observar los funcionarios públicos y que puede concluir con la imposición de sanciones consistente en amonestación, multa, suspensión o destitución.

Del poder correccional, por el contrario, es titular el mismo funcionario que ejerce autoridad o jurisdicción, para efectos de corregir la irregularidad consistente en la injuria o falta de respeto a que es sometido por un particular, al que puede imponerle no solamente sanción de multa sino llegar inclusive a la pena de arresto.

Precisamente el art. 114 del Código Contencioso Administrativo, que sirve de fundamento al fallo proferido por la mayoría, fue redactado por el Gobierno, en su calidad de legislador extraordinario al expedir el Decreto 01 de 1983, con apoyo -y no podría ser de otra manera- en el artículo 27 de la Constitución entonces vigente, de conformidad con el cual podían castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley:

> 1. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo.

De tal manera que si la norma constitucional precipitada, rigió sin modificaciones desde 1886 hasta la expedición de la nueva Constitución en 1991 y bajo su amparo fue dictado el artículo 114 del Código Contencioso Administrativo, solamente permitía al funcionario injuriado o irrespetado imponer sanciones de multa o arresto, por hechos ocurridos EN EL ACTO EN QUE ESTE DESEMPEÑANDO LAS FUNCIONES DE SU CARGO, mal podía el Consejo de Estado imponer una de tales sanciones -ya no a particulares sino a otros funcionarios públicos- por su actitud, posterior a la actuación proferida por una de sus secciones, de criticar la sentencia correspondiente.

Pues bien: Ninguna injuria o irrespeto cometieron los señores Ministros y el director de Planeación Nacional, contra el Consejo de Estado, ni contra la Sección Primera, ni contra los integrantes de ésta, en el acto en que estaban desempeñando las funciones de su cargo.

Fue con posterioridad, una vez conocida la providencia judicial por medio de la cual se declaró la nulidad del art. 3° del Decreto 777 de 1992, cuando los ministros y el director de Planeación, cada uno bajo su responsabilidad y en forma independiente, emitieron opiniones contrarias al fallo y pusieron de presente -acudiendo inclusive a comparaciones- los efectos nocivos del mismo en relación con programas gubernamentales de salud y educación.

Los citados funcionarios tampoco desobedecieron la providencia judicial. Ninguno de ellos afirmó que no la cumpliría. Más aún: en oportunidad legal, el Ministro de Salud interpuso por escrito el recurso de súplica y éste todavía se encuentra

pendiente de decisión por la Sala de lo Contencioso Administrativo. En ningún momento hubo desacato o rebeldía. Simplemente se limitaron a expresar sus opiniones adversas al fallo, cada uno en su estilo y a prevenir a la opinión pública sobre los efectos perjudiciales del mismo para los programas del gobierno relacionados especialmente con salud y educación, servicios públicos en los cuales habían sido suscritos contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, cuya continuidad se verá afectada por la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado.

Ese es el campo de la libertad de opinión. Y si hubo exceso -y se ha afirmado que lo hubo, sobre todo por parte del Señor Ministro de Salud-, ante ese posible exceso no faltaron las rectificaciones y las excusas, tanto privadas como públicas. Precisamente en oficio número 01107 de 7 de junio de 1993 -anterior a la decisión de la Sala Plena de abrir la investigación correccional- el señor Ministro de Salud le expresaba al presidente del Consejo de Estado, al aludir a una "infortunada comparación" en el sentido que la suspensión de pagos a los hospitales por más de $ 170.000 millones era equivalente a más de $ 5.000 para cada colombiano, decía: "Si esta comparación representó una injuria para el Honorable Consejo de Estado, les ruego acepten mis más rendidas excusas, como ya lo hice públicamente en los medios de comunicación el pasado sábado".

Y con fecha 8 de junio de 1993, mediante el oficio número 1065, el señor Ministro de Justicia y del Derecho, le decía al presidente del Consejo de Estado: "Permítame expresar a usted y por su digno conducto, a los miembros de esa honorable Corporación que con ocasión del fallo proferido respecto del Decreto 777 de 1992, el Gobierno Nacional como es apenas natural respeta y acata plenamente dicha providencia...".

Era suficiente. Debió ponerse punto final al asunto, aceptar las excusas y explicaciones y dar por terminado el "impase". Pero otra fue la decisión de la mayoría. Faltó generosidad y comprensión amplia del problema. Se inició la investigación, se impusieron sanciones y se dilató el innecesario enfrentamiento entre el Consejo de Estado y el Gobierno.

Siempre preferiré el tratamiento generoso de la libertad de expresión a los actos de prepotencia.

Javier Henao Hidrón

SANCION CORRECCIONAL-Improcedencia/**TOLERANCIA** -
(Aclaración de Voto)

Más ejemplarizante hubiera sido, para el país, abstenerse de dictar tal condena, porque la corporación habría dado una lección acerca de la tolerancia, máxime si se tiene de presente que el asunto no es de carácter estrictamente judicial.

ACLARACION DE VOTO

DEL MAGISTRADO ALVARO LECOMPTE LUNA EN LA PROVIDENCIA DE SALA PLENA DE LA CORPORACION CALENDADA A VEINTITRES (23) DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993), EMITIDA EN EL RADICADO C-235, TRAMITE Y APLICACION DEL ARTICULO 114 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LOS SEÑORES MINISTROS DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, DE SALUD Y EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION NACIONAL

Objetiva y legalmente hablando, el suscrito comparte las motivaciones y lo que se resuelve, acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, para sancionar correccionalmente a los ciudadanos Rudolf Hommes Rodríguez, Juan Luis Londoño de la Cuesta y Armando Montenegro Trujillo, en sus condiciones de Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Salud y Director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, en su orden, "por haber faltado al respeto al Consejo de Estado con ocasión de actuación proferida en ejercicio de su funciones oficiales", con arreglo a lo que sobre el tópico enseña el art. 114 del C.C.A. Además, se trata de una determinación ejemplar para los mencionados ciudadanos y funcionarios y para la comunidad en general.

Sin embargo, más ejemplarizante hubiera sido, para el país, abstenerse de dictar tal condena, porque la corporación habría dado una lección acerca de la tolerancia,

máxime si se tiene de presente que el asunto no es de carácter estrictamente judicial. Para obtener paz y máxime entre organismos del Poder Público que tanto necesitan de la "convivencia pacífica", se necesita un máximo de tolerancia humana entre las personas físicas a quienes corresponde zurcir los destinos de la comunidad. Estima el suscrito firmemente que frente al estreno de la nueva Carta Política, en su mayor parte aún en la sombra, se hace indispensable ir creando mecanismos de cooperación entre ellos, como única manera de proyectarse hacia los albores del próximo siglo.

Lecciones de este tipo son edificantes en los actuales momentos de eclipse de valores en que se vive. No por pragmatismo, sino en realce y rescate de lo que, de modo aparente, se ha perdido.

Sirvan los anteriores párrafos para aclarar el voto afirmativo del suscrito en este asunto.

Alvaro Lecompte Luna

Fecha ut supra

SANCION CORRECCIONAL/COMPETENCIA (Salvamento de voto)

Sólo la Sección Primera tenía competencia para iniciar y adelantar, por propia iniciativa, un proceso correccional que tuviera por objeto examinar y definir si los mencionados funcionarios le faltaron o no al respeto como consecuencia de haber proferido la sentencia.

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación N° C-235

No comparto la decisión de la Sala por los siguientes motivos:

1. El artículo 114 del Decreto Ley 01 de 1984 dispone que "el Consejo de Estado, sus Salas o Secciones o cualquiera de sus miembros tiene facultad para sancionar correccionalmente, previa averiguación que garantice el derecho de defensa, con multa hasta de diez mil pesos ($ 10.000) o arresto hasta de diez (10) días, **a quienes desobedezcan sus órdenes o falten al respeto a la corporación o a cualquiera de sus miembros en el desempeño de sus funciones o como consecuencia de su ejercicio**" (subrayo).

La transcrita disposición confiere facultades correccionales -que no disciplinarias- al Consejo de Estado en pleno, a cualquiera de sus Salas o Secciones y a cada uno de sus miembros para sancionar con multa o arresto a quienes, en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia del mismo, "**falten al respeto de la Corporación o a cualquiera de sus miembros**" (subrayo).

De manera que la competencia para ejercer facultades correccionales corresponde al consejero, Sala o Sección que haya actuado. La Sala Plena del Consejo de Estado **sólo es competente para ejercerla cuando en ejercicio de sus funciones o con ocasión de él se le falte al debido respeto.**

2. El artículo 29 de la Constitución dispone que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". El artículo 114 del Decreto Ley 01 de 1984 satisface esta exigencia constitucional al disponer que "la facultad para sancionar correccionalmente" debe ejercerse "previa averiguación que garantice el derecho de defensa".

3. Sin embargo, este caso versa sobre las expresiones públicas de tres altos funcionarios del gobierno, con ocasión de la sentencia proferida por la Sección Primera el 4 de junio de 1993, mediante la cual declaró la nulidad del artículo 3° del Decreto 777 de 1992. **De manera que sólo la Sección Primera tenía competencia para iniciar y adelantar, por propia iniciativa, un proceso correccional que tuviera por objeto examinar y definir si los mencionados funcionarios le faltaron o no al respeto como consecuencia de haber proferido la sentencia de 4 de junio de 1993.**

4. **La Sala Plena del Consejo de Estado es absolutamente ajena a esa decisión. En consecuencia, según el artículo 114 del Decreto Ley N° 01 de 1984, carecía de competencia para iniciar, tramitar y decidir el proceso correccional de que se trata.** Los artículos 6° y 122 de la Constitución -que corresponden a los artículos 20 y 63 de la anterior- **prescriben el principio de la competencia según el cual un funcionario u órgano de cualquier rama del Estado sólo puede hacer lo que le esté atribuido expresamente.** En este caso, la **Sala Plena del Consejo de Estado profirió la providencia de 23 de julio pasado sin competencia.**

Fecha ut supra.

Humberto Mora Osejo

SANCION CORRECCION- Improdecencia/**INVESTIGACION DISCIPLINARIA** (Salvamento de voto)

Lo procedente era el traslado del negocio al Despacho del Señor Procurador General de la Nación para lo de su competencia. Si sus intervenciones en la rueda de prensa fueron groseras y altaneras contra la Corporación estarían incursos en una conducta disciplinaria y otra es la autoridad competente para conocer.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Salvamento de Voto: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente N° C-235. Trámite y Aplicación art. 114 C.C.A.

Con el debido respeto que me merece la decisión mayoritaria de la Sala contenida en la providencia que antecede y por la cual se impuso una sanción correccional a los Ministros allí mencionados. A continuación sustento mi posición adversa así:

1. Evidentemente la Corporación es competente a la luz de lo preceptuado en el art. 114 del C.C.A. para imponer medidas correccionales a quienes desobedezcan sus órdenes o falten al debido respeto a la Corporación o a cualquiera de sus miembros en el desempeño de sus funciones oficiales o como consecuencia de su ejercicio. La norma precitada en nada se opone a lo previsto en el art. 29 de la C.N. que impone el deber de adelantar un juicio previo en toda actuación judicial o administrativa.

2. Pese a lo anterior, la medida correccional tiene por objeto remover los obstáculos que impidan el cabal cumplimiento de la función judicial. Entendiéndose que

la remoción que hace el juez mediante la medida correccional debe ser concomitante con los hechos que la provocan. No tiene ningún sentido ni cumple ningún cometido que esta medida que debe ser *in-continenti* se tome ex-post y con una distancia considerable en el tiempo, como ocurrió en este caso. Sobre este poder correccional de los jueces vale la pena reseñar lo que sobre el particular sostuvieron tratadistas de tanto renombre como Tulio Enrique Tascón y Francisco de P. Pérez:

> 1° Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, esto es, el Presidente de la República, los Gobernadores, Intendentes Nacionales, Prefectos, Alcaldes, Jefes de Policía, Jueces y Magistrados, etc., pueden castigar con multas o arrestos (no con otra clase de penas) a quienes los injurien o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo; pero tiene que ser en el acto mismo, porque si es después o fuera del despacho, el funcionario ofendido no puede castigar al responsable por sí mismo si no que tiene que denunciar el hecho al juez competente,...." (Derecho Constitucional Colombiano. Tulio Enrique Tascón, Editorial Minerva 1934).
>
> "Las injurias o faltas de respeto cometidas contra funcionarios que ejercen autoridad legítima, cuando son originadas por el desempeño mismo de sus funciones, como en una audiencia pública, o en el acto de notificar una resolución, requieren sanción oportuna y ejemplar...." (Derecho Constitucional Colombiano. Francisco de P. Pérez, Quinta Edición, Ediciones Lerner).

3. Como los señores RUDOLF HOMMES RODRIGUEZ, JUAN LUIS LONDOÑO DE LA CUESTA Y ARMANDO MONTENEGRO TRUJILLO, quienes actuaron en calidad de Ministros los dos primeros y Director del Departamento Nacional de Planeación el tercero, y se consideró que sus conductas eran violatorias de las normas que debe observar todo funcionario público para el respeto y acatamiento de las Instituciones lo procedente era el traslado del negocio al Despacho del Señor Procurador General de la Nación para lo de su competencia, de conformidad con el art. 277 ord. 6° de la C.N. Los señores Ministros con su proceder no impidieron que la actuación judicial de la Sección Primera de la Corporación se ejecutara conforme al procedimiento legal. Si sus intervenciones en la rueda de prensa fueron groseras y altaneras contra la Corporación estarían incursos en una conducta disciplinaria y otra es la autoridad competente para conocer, como anoté antes.

Respetuosamente,

Juan de Dios Montes Hernández

Fecha ut supra

SANCION CORRECCIONAL-Improcedencia/**INVESTIGACION DISCIPLINARIA** (Salvamento de Voto)

Por tratarse de empleados públicos, que como tales tienen obligaciones y deberes que cumplir, y entre ellos el de ejercer sus funciones dentro de unas normas de respeto, cortesía y acatamiento al derecho, se ha debido solicitar la respectiva investigación disciplinaria a la Procuraduría General de la Nación, para que se estableciera si con su actuación se había incurrido en una falta disciplinaria sancionable por el incumplimiento de dichos deberes y obligaciones.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Salvamento de voto: *Dra. Consuelo Sarria Olcos*

Ref: Radicación C-235. Trámite y Aplicación Art. 114 C.C.A.

Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*

Con el debido respeto por el criterio mayoritario, contenido en la decisión que antecede preciso a continuación los motivos de mi salvamento de voto.

El artículo 114 del Código Contencioso Administrativo prevé la competencia para el Consejo de Estado, sus Salas o Secciones o cualquiera de sus miembros para "sancionar correccionalmente, previa averiguación que garantice el derecho de defensa (...) a quienes desobedezcan sus órdenes o falten al respeto a la Corporación o a cualquiera de sus miembros en el desempeño de sus funciones oficiales o como consecuencia de su ejercicio".

Dicha competencia en materia correccional, a mi juicio, no procedía para sancionar a los altos funcionarios del ejecutivo, por las declaraciones dadas en relación

con una decisión de la Corporación toda vez que, si bien es cierto los términos utilizados en dichas declaraciones no fueron los propios de su investidura, ni los adecuados enfrente a una providencia judicial, no se pronunciaron cuando la Corporación estaba en el desempeño de la función jurisdiccional sino con posterioridad a la expedición de una decisión y en una especial rueda de prensa, convocada para tal efecto.

En dichas circunstancias, y por tratarse de empleados públicos, que como tales tienen obligaciones y deberes que cumplir, y entre ellos el de ejercer sus funciones dentro de unas norma de respeto, cortesía y acatamiento al derecho, se ha debido solicitar la respectiva investigación disciplinaria a la Procuraduría General de la Nación, para que se estableciera si con su actuación se había incurrido en una falta disciplinaria sancionable por el incumplimiento de dichos deberes y obligaciones.

Por todo lo anterior, y aunque es claro para mí que los términos utilizados por los altos funcionarios del ejecutivo fueron irrespetuosos, la medida correccional no era procedente.

Consuelo Sarria Olcos

Fecha ut supra

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhieren los Dres. JAIME ABELLA ZARATE Y DIEGO YOUNES MORENO.

PERDON JUDICIAL/SANCION POR IRRESPETO A DECISION JUDICIAL-Improcedencia (Salvamento de voto)

Tiene más universo educativo la filosofía del PERDON que la IMPOSICION DE UNA SANCION ECONOMICA. La primera es un catalizador que crea el ambiente necesario para una nueva partida y un NUEVO EMPEZAR. Perdonar significa RECONCILIACION, REENCUENTRO. El grado en que somos capaces de perdonar determina el universo de nuestra capacidad de AMOR hacia quienes nos ofenden o irrespetan.

Consejo de Estado, Santafé de Bogotá, D.C., julio veintiseis (26) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Salvamento de Voto: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N° C-235. Trámite y Aplicación artículo 114 C.C.A.

> ¡Es curioso que el hombre de quien se dice que es animal racional, lo primero en que empleó su razón fué en procurar perderla, lo cual como es excesivo, nos hace ya sospechar que el hombre no comenzó por ser racional y no está tan claro como se supone que lo sea todavía! (Ortega y Gasset. Sobre la razón histórica).

Como colombiano y magistrado me preocupa que situaciones como las que se definen en el presente proceso tengan lugar a tan alto nivel de funcionarios, y que los transitorios impases, culminen con la imposición de sanciones.

Debo confesar que leyendo y releyendo el fallo, no encuentro mérito para sancionar al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, Dr. Rudolf Hommes

Rodríguez, ni al Director del Departamento Nacional de Planeación, Dr. Armando Montenegro, quienes se limitan a divagar sobre el extraño mundo de don Subuso y a hacer críticas, con mucha dificultad, sobre el universo jurídico del fallo.

Por lo que hace relación con el Señor Ministro de Salud, Doctor Juan Luis Londoño de la Cuesta, es incuestionable que su declaración, en el sentido de que "LA DECISION REPRESENTA EL MAS DURO GOLPE A LA SALUD DE LOS COLOMBIANOS QUE GRUPO SUBVERSIVO ALGUNO LE HAYA PROPINADO AL PAIS EN LOS ULTIMOS CINCO AÑOS", fue, por decir lo menos, desafortunada. Pero resulta que el alto funcionario, con dignidad, seriedad y humildad, presentó excusas en público y en privado, resultando ser el más comprensivo de todos los sancionados. A tan serio comportamiento ha debido corresponder el Consejo de Estado, con el manejo de la filosofía del PERDON, que es de corte cristiano, y, por lo mismo, está integrada con nuestro ser. Por ello se enseña que el PERDON no es un acto ocasional sino una actitud permanente. Sólo la naturaleza no perdona. Esta realidad es la que lleva a Martín Luther King a enseñar: "Ante los gritos suplicantes del hombre sorprendido por un furioso huracán, o el grito de angustia de un albañil al caer del andamio, la naturaleza sólo expresa una indiferencia fría, tranquila y desapasionada. Debe permanecer fiel eternamente a sus leyes fijas e inamovibles. Cuando estas leyes son violadas, no le queda otra solución que seguir inexorablemente su camino uniforme. La naturaleza no perdona, no puede perdonar..... La sociedad debe tener sus modelos y sus normas. Debe tener sus controles legales y su frenos jurídicos. Los que caen bajo las normas y los que infringen las leyes son abandonados en un negro abismo de condenación y ya no tienen la esperanza de un segunda oportunidad. Preguntad a una mujer joven, que después de unos momentos de pasión desbordante se ha convertido en madre de un hijo ilegítimo. Ella os dirá que la sociedad es muy lenta en PERDONAR. Interrogad a un funcionario que, en un momento de negligencia, ha traicionado la confianza pública. Os dirá que la sociedad es LENTA EN EL PERDON. Id a una prisión e interrogad a sus ocupantes, que han escrito líneas vergonzosas en las páginas de su vida. Detrás de las rejas os dirán que la sociedad es LENTA EN EL PERDON. Avanzad hasta las celdas de los condenados a muerte y hablad con las trágicas víctimas de la criminalidad. Mientras se preparan para la marcha patética hacia la silla eléctrica, entre gemidos desesperados, exclaman que LA SOCIEDAD NO PERDONA. La pena de muerte es la afirmación final por la cual la sociedad declara que no perdona...".

En un país convulsionado en todos los órdenes, y sediento de venganza y retaliación en todos los campos del accionar ciudadano, se impone un alto en el camino para recordar verdades que ya nadie quiere predicar ni defender.

Reitero que para quien suscribe tiene más universo educativo la filosofía del PERDON que la IMPOSICION DE UNA SANCION ECONOMICA. La primera es un catalizador que crea el ambiente necesario para una nueva partida y un NUEVO EMPEZAR. Perdonar significa RECONCILIACION, REENCUENTRO. El grado en que somos capaces de perdonar determina el universo de nuestra capacidad de AMOR hacia quienes nos ofenden o irrespetan.

Estimo, finalmente, que los altos funcionarios del Estado han debido ser correspondidos por la Corporación con una lección dentro del temperamento que dejo señalado.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta

PERDIDA DE LA INVESTIDURA/ CONSEJO DE ESTADO/SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA

Debe ser la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado la que conozca de estos procesos; pues la participación de la Sala de Consulta y Servicio Civil afectaría o viciaría de nulidad la actuación, en la medida en que estarían conociendo de un verdadero proceso o asunto judicial miembros de la Corporación que no tienen la calidad de jueces o juzgadores.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Requisitos

La solicitud de la pérdida de la investidura de un congresista no tiene requisitos formales de ninguna clase, salvo los relativos a la identificación del ciudadano y la causal invocada. Desde luego, que es útil para un mejor desarrollo del proceso respectivo, que el ciudadano sea lo más explícito posible en la presentación de los hechos que configuran esas causales y en la invocación de los medios de prueba que los demuestran. Sin embargo, si ello no es así, opina la Sala que el Magistrado Conductor del proceso puede suplir esas deficiencias, en beneficio del propósito del Constituyente, y de la participación ciudadana en el control del poder político, como lo prevé el art. 40 de la Carta, ordenando oficiosamente la práctica de las pruebas que sea menester para decidir de manera justa e ilustrada.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite/**PROCESO ORDINARIO**

Mientras no se expida la ley que fije ese procedimiento judicial especial, es de una claridad meridiana que se deberá aplicar el procedimien-

to ordinario, único existente hasta ahora para darle aplicación y cumplimiento a la regla constitucional del art. 184.

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

En tratándose de hechos que configuren un delito como el de peculado, no se podrá decretar la pérdida de la investidura del Congresista sin que previamente exista y se acredite la sentencia penal condenatoria en su contra.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA/CONSEJO DE ESTADO/SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA

No existe duda alguna en cuanto debe ser la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado la que conozca de estos procesos; pues la participación de la Sala de Consulta y Servicio Civil afectaría o viciaría de nulidad la actuación, en la medida en que estarían conociendo de un verdadero proceso o asunto judicial miembros de la Corporación que no tienen la calidad de jueces o juzgadores.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA -Causales/**SENTENCIA PENAL**
(Aclaración de voto)

Al Consejo de Estado, según los términos de la Constitución (art. 184) y de la Ley 5ª de 1992 (arts. 297, 299 y 304), le corresponde declarar judicialmente la pérdida de la investidura, con base en las pruebas concretas y suficientes que le remitan las autoridades correspondientes a los ciudadanos solicitantes. Es ésta una función diferente e independiente a la de allegar pruebas tendientes a la estructuración de la causal que se alegue. No puede el Consejo de Estado sustituir al juez penal, en este caso la Corte Suprema de Justicia en la calificación de los hechos y en la determinación de la responsabilidad penal.

SENTENCIA INHIBITORIA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite/**SENTENCIA PENAL** (Aclaración de Voto)

Si bien considero que lo procedente era el fallo inhibitorio, como efectivamente se expidió, él debía fundamentarse esencialmente en que se admitió irregularmente la demanda, por falta de un requisito de procedibilidad y no simplemente porque no se hubiere probado dentro del proceso la existencia de la sentencia penal condenatoria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto diez (10) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente N° AC-678. Asuntos Constitucionales. Solicitud de pérdida de investidura del Senador Julio César Turbay Quintero. Actor: Ernesto Arévalo González.

Decide la Sala la solicitud de pérdida de la investidura de Congresista o Senador de la República de Colombia que ostenta el doctor Julio César Turbay Quintero, presentada por el ciudadano Ernesto Arévalo González.

LA PETICION:

La solicitud formulada por el actor se apoya en lo dispuesto por el artículo 184 de la Constitución Nacional y se fundamenta en las siguientes razones:

"1. El doctor JULIO CESAR TURBAY QUINTERO fue elegido para el período constitucional de diciembre de 1991 al 19 de julio de 1994 Senador de la República y ostenta tal calidad".

"2. El Senador aludido está incurso en las causales previstas consagradas en la Constitución para la pérdida de su investidura por la indebida destinación de dineros públicos y es así como está vinculado al proceso penal que se adelanta a quienes actuaban para el mes de junio y julio de 1991 como Concejales de Bogotá y más concretamente por infringir los arts. 207 y 210 de la Constitución Nacional, así como lo dispuesto en art. 36 del Código Fiscal del Distrito (Acuerdo número 6 de 1985), normas que gobiernan el gasto público y que prohíben (sic) inclusión dentro del presupuesto de erogaciones previamente decretadas en la ley, destinadas a cumplir planes de desarrollo".

"La Procuraduría advirtió que tales partidas no podían ser ejecutadas (los auxilios decretados por el Concejo), por cuanto no estaban anunciadas en ninguna de las categorías descritas en los preceptos ya citados".

"3. El Senador siendo Concejal, según informaciones de prensa recibió dineros de los aprobados por el Acuerdo N° (sic) 13 de junio 4 de 1991, por el cual se autorizó un gasto público no previsto en la ley".

"4. La Procuraduría General de la Nación había enviado carta señalado la ilegalidad de ese acto".

"5. Del proceso penal por el ilícito denunciado conoce la Corte Suprema de Justicia en relación con personas que hoy ostentan la calidad de Senadores entre los cuales está el doctor JULIO CESAR TURBAY QUINTERO".

"6. El Consejo de Estado tiene competencia para decretar la PERDIDA DE INVESTIDURA, de manera autónoma, sin ningún requisito de procedibilidad de la acción y sin que sea necesario que Juez o Congreso califique o tipifique la causal, tal como se señala en la Sentencia dictada en el Expediente AC-175 del 8 de septiembre de 1992 de ese alto Tribunal".

"7. De acuerdo con lo dicho por esa Corporación:
" "La Constitución, sólo exige para la competencia del Consejo de Estado se active, que cualquier ciudadano o la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, formule solicitud para que se decrete la pérdida de la investidura de un Congresista acusándolo de estar incurso en alguna de las cinco causales mencionadas en el art. 183 de la Constitución." (Las negrillas son del texto del memorial correspondiente).

"8. También se consideró que tienen los instrumentos procesales para establecer la causal, sin depender de calificaciones previas, judicial o congresional, a que se refieren los arts. 297 y 298 de la Ley 5ª de 1992, esas actuaciones son sólo medios de prueba".

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El doctor Julio César Turbay Quintero, una vez notificado en legal forma designó su apoderado y contestó la demanda, a la cual se opuso, manifestando que aceptaba como ciertos los hechos 1 y 5; dijo que no son ciertos los hechos 2 y 3; pidió que se pruebe el hecho 4; y respecto de los números 6, 7 y 8, señaló que no son tales, sino opiniones jurídicas del peticionario.

ALEGACIONES

Decretadas y practicadas las pruebas que fueron consideradas conducentes se dispuso el traslado para alegar.

El ciudadano actor no presentó escrito de ninguna clase.

En cambio, sí lo hicieron el doctor Julio César Turbay Quintero y el Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado.

Alegato del Dr. Julio César Turbay Quintero:

En el escrito correspondiente (fls. 110-112), se expresa, entre otras cosas, lo siguiente:

"1. El doctor JULIO CESAR TURBAY QUINTERO fue elegido Senador de la República para el período constitucional de 1991-1994 por circunscripción nacional y en la actualidad ostenta tal calidad".

"2. Actualmente se adelanta en la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- contra el Doctor JULIO CESAR TURBAY QUINTERO y otros,

un proceso por el delito de Peculado, y en providencia del 22 de abril de 1993 se abrió la investigación penal respectiva y a la fecha el aludido proceso se encuentra en la práctica de pruebas".

"3. El señor Ernesto Arévalo Gónzalez en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 184 de la Constitución (sic) Nacional, solicitó se decrete la pérdida de la Investidura de Congresista del doctor JULIO CESAR TURBAY QUINTERO argumentando la indebida destinación de dineros públicos".

LA PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA

"La Constitución Nacional en el artículo 183 consagra las causales de pérdida de la investidura de congresista, y el artículo 184 *ibídem* dispone que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley...." .

"La Ley 5ª de 1992 en el artículo 296 establece:

" "Causales. La pérdida de la investidura se produce:

1. Por violación del régimen de inhabilidades.

2. Por violación del régimen de incompatibilidades.

3. Por violación del régimen de conflictos de intereses.

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

6. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de actos legislativos y de ley o nociones de censura.

7. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueron llamados a posesionarse".

"Parágrafo: 1. Las dos últimas causales no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

2. Para proceder en los ordinales 4 y 5 de este artículo se requerirá previa sentencia penal condenatoria. (Los (sic) subrayado es nuestro)".

"La Ley 5ª de 1992 exige para que se decrete la pérdida de la investidura de un Congresista con fundamento en la causal de indebida destinación de dineros públicos, que se haya proferido sentencia penal condenatoria contra el congresista".

El Consejo de Estado -Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- en providencia de 8 de septiembre de 1992 expresó: "La Constitución sólo exige para que la competencia del Consejo de Estado se active, que cualquier ciudadano o la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, formule solicitud para que se decrete la pérdida de la investidura de un Congresista acusándolo de estar incurso en alguna de las cinco causales mencionadas en el artículo 183 de la Constitución. La admisión de los medios de prueba y la apreciación que de éstos haga el juez, para determinar si en efecto, el Congresista acusado incurrió en los hechos que la Carta prevé como determinantes de la pérdida de la investidura, constituyen la médula del proceso y se gobiernan por sus instrumentos procesales propios y por el principio de derecho universal de la independencia del juez en buena hora consagrado como norma constitucional en el artículo N° 228, no pueden ser pues, las calificaciones previas, judicial o congresional, a que se refieren los artículos 297 y 298 de la ley en cita, requisitos de procedibilidad de la acción, sino medios de prueba de los hechos que configuran la causal constitucional para la pérdida de la investidura, con la aclaración de que en casos diferentes a los que requieran para su configuración sentencia judicial, no pueden considerarse, como parecería sugerirlo la ley, como medio único de prueba".

"La afirmación del actor de que "el Consejo de Estado tiene competencia para decretar la PERDIDA DE INVESTIDURA, de manera autónoma, sin ningún requisito de procedibilidad de la acción y sin que sea necesario que Juez o Congreso califiquen la causa, tal como se señala en la sentencia dictada en el expediente AC-175 del 8 de septiembre de 1992 de ese alto tribunal" es equívoca pues confunde los requisitos para la procedibilidad de la acción de pérdida de la investidura de Congresista, con el decreto de pérdida de investidura, el cual supone necesariamente la demostración del hecho o hechos que configuran la causal constitucional de pérdida de la investidura de congresista".

"En el proceso no aparece demostrado que el doctor JULIO CESAR TURBAY QUINTERO haya sido condenado penalmente por indebida destinación de dineros públicos, hecho que nunca se podrá probar, porque mi mandante jamás ha sido condenado penalmente, como lo demuestra tajantemente la certificación expedida por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, que figura en el expediente a folio 63, en el cual se expresa textualmente "que la Sala de Casación Penal de esta Corporación, no ha proferido sentencia alguna contra el doctor JULIO CESAR TURBAY QUINTERO en los procesos que se adelantan o se adelantaron contra el mencionado..." ".

CONCLUSION

"Por las razones expuestas, solicito respetuosamente no decretar la PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA del Senador JULIO CESAR TURBAY QUINTERO".

Por su parte, el Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado presentó un alegato (fls. 106-109) en el cual hace disquisiciones de la siguiente guisa:

"B. Pretende el solicitante que se decrete la pérdida de la investidura de congresista que ostenta el doctor Julio César Turbay Quintero bajo el cargo de indebida destinación de dineros públicos".

"La disposición constitucional que regula la materia, dispone:"

" "Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:"

" ....."

"4. Por indebida destinación de dineros públicos...".

"Desde luego que a quien hizo el cargo que se le imputa al denunciado por indebida destinación de dineros públicos, le incumbía acompañar como soporte, la prueba de su afirmación, circunstancia que no se dio en el *sub lite*".

"Dentro de las pruebas aportadas al informativo, obra a folio 53; fotocopia de la denuncia penal elevada por Carlos Alonso Lucio ante el Juez de Instrucción Criminal -Reparto por los punibles de Peculado por Apropiación e Intervención en política, derivados de la ejecución del Acuerdo N° 13 de junio 4 de 1991, aprobado por el Consejo (sic) de Bogotá, mediante el cual se autorizó un gasto público denominado "Aportes, subvenciones y ayudas financieras a empresas útiles o benéficas para el desarrollo de Bogotá, en los presupuestos ordinarios de rentas e ingresos y de inversiones y gastos del Distrito Especial de Bogotá y de los fondos rotatorios y se delega una facultad en el Alcalde Mayor de Bogotá".

"En la investigación penal respectiva, el doctor Julio César Turbay Quintero rindió indagatoria ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En dicha diligencia que se lee a folios 47 y siguientes de este proceso, el declarante hace un recuento histórico de los hechos que antecedieron a la expedición del Acuerdo 13 de 1991, durante el período que como concejal de Bogotá ejerció entre el año 1990 y 1992. Afirma que, como lo certifican las constancias expedidas por el Concejo de Bogotá, no estuvo presente en las sesiones donde se expidió el proyecto que se convirtió en Acuerdo 13, ni tampoco en aquella donde se aprobó. Acepta que por solicitud de la Administración hizo llegar a la Secretaría de Hacienda, un listado con las entidades que serían beneficiadas en la distribución de los aportes, cuyas partidas fueron señaladas en el Decreto 454 del 26 de julio de 1991. Ante una pregunta del Magistrado, contestó:"

" "No. No he sido fundador ni miembro de la Junta Directiva, ni socio ni he celebrado contratos, ni he recibido cheque o partida alguna de las entidades sugeridas como beneficiarias de los aportes".

"A folios 63 del expediente obra el oficio N° 796 de mayo 20 de 1993, por medio del cual la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

Justicia, informa que esa Corporación, "no ha proferido SENTENCIA alguna contra el doctor Julio Cesar Turbay Quintero, en los procesos que se adelantan o se adelantaron contra el mencionado".

"Dentro de ese marco probatorio no encuentra esta delegada elementos de juicio que comprometan la responsabilidad del doctor Julio César Turbay Quintero, como incurso en la indebida destinación de dineros públicos y que lo hagan acreedor a la desinvestidura congresional que ostenta".

"Por las razones expuestas, ese despacho recomienda, respetuosamente a la H. Sala, denegar la solicitud que dio origen a este proceso".

En consecuencia, dados estos antecedentes y que no se observa causal que vicie de nulidad lo actuado, procede la Sala a desatar la controversia, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Reza el artículo 184 de la Carta Fundamental, que:

"La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano".

A su turno, el artículo 183 del mismo estatuto, dispone lo siguiente:

"Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

Parágrafo. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor".

Luego, es claro, al tenor de las normas transcritas, que la pérdida de la investidura de un Congresista puede ser solicitada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente, o por cualquier ciudadano.

Así mismo, es incuestionable que la misma disposición constitucional no consagró requisitos previos para que se formulara la solicitud respectiva ante el Consejo de Estado.

No obstante lo anterior, es lo cierto que el 17 de junio se expidió la Ley 5ª de 1992, publicada en el Diario Oficial Nº 40.483 del 18 de junio del mismo año, "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes", que dijo en su artículo 1°, lo que a continuación se transcribe:

> "Funcionamiento y organización del Congreso. El presente estatuto contiene las normas reglamentarias sobre reuniones y funcionamiento del Senado, la Cámara de Representantes y el Congreso de la República en pleno".

A su vez, el artículo 4° dispuso:

> "Jerarquía de la Constitución. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y esta ley de reglamento u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Por su parte, en el Capítulo Undécimo -Del Estatuto del Congresista-, Sección 5ª pérdida de la investidura, se dijo que:

> "Artículo 296. Causales. La pérdida de la investidura se produce:
>
> 1. Por violación del régimen de inhabilidades.
> 2. Por violación del régimen de incompatibilidades.
> 3. Por violación al régimen de conflicto de intereses.
> 4. Por indebida destinación de dineros públicos.
> 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobadas.
> 6. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a 6 reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura.
> 7. Por no tomar posesión del cargo dentro de los 8 días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
>
> Parágrafo 1°. Las dos últimas causales no tendrán aplicación, cuando medie fuerza mayor.

Parágrafo 2° Para proceder en los ordinales 4 y 5 de este artículo se requerirá previa sentencia penal condenatoria".

"Artículo 297. Causales de previo pronunciamiento judicial. Cuando las causales invocadas para pérdida de la investidura correspondan por indebida destinación de dineros públicos o tráfico de influencias debidamente comprobadas, la autoridad respectiva dará traslado de la sentencia ejecutoriada o en firme al Consejo de Estado en pleno, para que en los términos y condiciones legales sea declarada judicialmente".

Si el informe llegare a las Cámaras legislativas, o por cualquier medio tuviere conocimiento del proceso adelantado en tal sentido, los secretarios generales solicitarán confirmación de la decisión emanada de la autoridad correspondiente y allegarán la documentación pertinente para la Comisión de Etica y Estatuto del Congresista.

Si ello finalmente fuere comprobado, la Mesa Directiva de la respectiva Cámara solicitará de inmediato al Consejo de Estado la declaratoria de pérdida de la investidura del Congresista".

En consecuencia, un primer punto de gran importancia, es èl relacionado con la competencia del Consejo de Estado para conocer de esta clase de asuntos.

1. Competencia del Consejo de Estado.

Como ya se vio, el artículo 184 de la Carta Política le asigna esta competencia, inequívocamente, al Consejo de Estado.

En anteriores oportunidades la Corporación ha tenido la ocasión de ocuparse de esta temática, y ha señalado cómo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 236 y 237 de la Constitución Nacional, es a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a la que compete conocer de esta clase de procesos, entre otros, por dos argumentos básicos:

1° La primera disposición contempla que el Consejo se dividirá en Salas y Secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le corresponden conforme a la constitución y la ley; y la segunda, determina las atribuciones del organismo, distinguiendo también entre las propiamente judiciales y las consultivas;

2° El artículo 304 de la misma Ley 5ª de 1992 -Reglamento del Congreso-, se refiere expresamente a la "declaración judicial" a través de la cual se decreta la pérdida de investidura.

Esto significa, entonces, que no existe duda alguna en cuanto a la circunstancia de que debe ser la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado la que conozca de estos procesos; pues la participación de la Sala de Consulta y Servicio Civil afectaría o vicaría de nulidad la actuación, en la medida en que estarían conociendo de un verdadero proceso o asunto judicial miembros de la Corporación que no tienen la calidad de jueces o juzgadores.

2. El procedimiento.

Sabido es que la Constitución, por regla general, no señala ni prevé procedimientos judiciales, por manera que esa es una materia que se le reserva a las leyes o códigos respectivos.

El canon 184 de la Carta le ordena al Consejo de Estado conocer de esta clase de procesos, y aunque no se haya elaborado o adoptado todavía un procedimiento particular para estos juicios, no puede olvidarse que este mismo ordenamiento dispone que la Corporación procederá "de acuerdo con la ley". Así las cosas, es razonable entender que el Constituyente se estaba refiriendo a la ley existente al momento de proferirse la nueva Carta Política; y la única ley aplicable, por ahora, es el Código Contencioso Administrativo, que rige la manera y los procedimientos mediante los cuales el Consejo de Estado cumple su actividad judicial.

El artículo 206 del C.C.A., en la forma como fue modificado por el Decreto Ley 2304 de 1989, art. 45, atinente al procedimiento ordinario reza que "Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial".

Esta última expresión -"para los cuales la ley no señale un trámite especial"-, implica la aplicación del procedimiento ordinario mientras no exista una ley o estatuto que consagre ese trámite especial.

Si dicho ordenamiento no existe o no ha sido expedido con ese carácter es elemental que debe continuarse aplicando el procedimiento ordinario, porque no asumir el conocimiento del asunto con ese pretexto significaría una denegación de justicia.

El artículo 10 del Código Civil, derogado por el 45 de la Ley 57 de 1887, y sustituído por el 5° de la misma, determina claramente que "cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella".

A su turno, en la 1° regla relacionada con disposiciones incompatibles, dice que:

> "La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

Empero, es elemental que para que pueda preferirse esa norma especial en frente la general, debe existir al momento de plantearse el conflicto. Mientras no haya nacido a la vida jurídica tendrá que seguirse aplicando la disposición general.

Y esto es precisamente lo que acontece con el artículo 304 de la Ley 5ª de 1992 -Reglamento del Congreso-, porque se limita a disponer en su inciso final que "La ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de la investidura, en lo que al Consejo de Estado se refiere".

Por consiguiente, mientras no se expida la ley que fije ese procedimiento judicial especial, es de una claridad meridiana que se deberá aplicar el procedimiento ordinario, único existente hasta ahora para darle aplicación y cumplimiento a la regla constitucional del artículo 184.

3. Requisitos de la solicitud.

Como acción ciudadana y mientras no se expida o adopte el procedimiento especial mencionado que disponga en ese sentido, piensa la Sala que la solicitud de pérdida de investidura de un Congresista no tiene requisitos formales de ninguna clase, salvo los relativos a la identificación del ciudadano y la causal invocada. Desde luego, que es útil para un mejor desarrollo del proceso respectivo, que el ciudadano sea lo más explícito posible en la presentación de los hechos que configuran esas causales y en la invocación de los medios de prueba que los demuestran. Sin embargo, si ello no es así, opina la Sala que el Magistrado Conductor del proceso puede suplir esas deficiencias, en beneficio del propósito del Constituyente, y de la participación ciudadana en el control de poder político, como lo prevé el artículo 40 de la Carta, ordenando oficiosamente la práctica de las pruebas que sea menester para decidir de manera justa e ilustrada.

4. La sentencia penal

En el presente asunto el ciudadano actor ha sustentado sus pedimentos en la posible comisión del delito de peculado por parte del Senador Julio César Turbay Quintero.

Ese delito está definido y regulado por el Código Penal, en su Título III, -Delitos contra la Administración Pública-, Capítulo I -Del peculado- (arts. 133 a 139).

El artículo 186 de la Carta Política, a su vez, dispone que la Corte Suprema de Justicia conoce de los delitos que puedan cometer los congresistas.

Por tanto, en tratándose de hechos que configuren un delito, como el de peculado, no se podrá decretar la pérdida de la investidura del Congresista sin que previamente exista y se acredite la sentencia penal condenatoria en su contra.

Las acciones ciudadanas como la que se ejercita en este evento, corresponden en su esencia al derecho genérico de petición.

En el presente proceso no se ha demostrado que el doctor Julio César Turbay Quintero haya sido condenado por el delito de peculado, según los hechos que se le

endilgan en el escrito de solicitud de pérdida de su investidura como Congresista; sin embargo, al folio 63 obra la comunicación remitida como fecha 20 de mayo de 1993 -y recibida el 26-, por el Secretario de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que dice en uno de sus apartes lo siguiente:

> "UNICA Rad. 8225: Contra Julio César (sic) Turbay Quintero y otros, por el delito de Peculado, en providencia del 22 de abril último abrió investigación penal, el proceso se encuentra en práctica de pruebas".

Por tanto, aunque el doctor Turbay Quintero no ha sido condenado, es lo cierto que sí se encuentra en curso el proceso citado, cuya radicación en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la N° 8225, que se adelanta contra él y otras personas.

De lo anterior se desprende que no puede hacerse un pronunciamiento de mérito o de fondo respecto de la solicitud de pérdida de la investidura del doctor Julio César Turbay Quintero, en la medida en que no se logró demostrar que hubiese sido condenado por los hechos materia del juicio; esto es, como ya se explicó, que no se comprobó lo que es un requisito indispensable para poder hacer esa declaración cuando la petición se fundamenta en la comisión de un delito por parte del Congresista demandado.

En síntesis, si el ciudadano Ernesto Arévalo González tuvo como fundamento de su pretensión la posibilidad de que el doctor Julio Cesar Turbay Quintero fuese condenado en el proceso penal que actualmente se ventila ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es incuestionable que como esto no ha sucedido hasta ahora, y en realidad se desconoce si ocurrirá, no es posible hacer ningún pronunciamiento de fondo sobre el particular.

En virtud 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

Declárase la inhibición para emitir pronunciamiento de mérito respecto de la solicitud de la pérdida de investidura como Congresista o Senador de la República de Colombia, del doctor Julio César Turbay Quintero, presentada el 29 de marzo de 1993, por el ciudadano Ernesto Arévalo González.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su reunión del día 10 de agosto de 1993.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente - Salvo voto; *Dolly Pedraza de Arenas,* Aclara voto; *Jaime Abella Zárate,* Salvo voto; *Ernesto Rafael Ariza Múñoz,* Salvo Voto; *Joaquín Barreto Ruíz,* Con aclaración de Voto; *Carlos Betancur Jaramillo,* Ausente; *Miren de La L. de Magyaroff,* Salvo voto; *Clara Forero de Castro,* Aclaro Voto; *Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez,* Aclara Voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Salvo Voto; Luis Eduardo Jaramillo Mejía,* Aclaro Voto; *Alvaro Lecompte Luna, Aclaro Voto; Juan de Dios Montes Hernández,* Salvo Voto; *Carlos Arturo Orjuela G., Libardo Rodríguez Rodríguez,* Con aclaración de voto; *Yesid Rojas Serrano,* Aclaración de voto; *Consuelo Sarria Olcos,* Salvo Voto; *Daniel Suárez Hernández,* Aclaro Voto, *Julio César Uribe Acosta,* Salvo Voto, *Miguel Viana Patiño,* Aclaración de Voto; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto de la doctora CONSUELO SARRIA OLCOS se reduce a lo siguiente: "Con el debido respeto, me aparto de la decisión inhibitoria que antecede, por considerar que si, como lo dice la misma providencia en su parte considerativa, la solicitud de pérdida de investidura, se hizo con fundamento en la posible comisión de un delito y está comprobado a folio 63 del expediente que la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, abrió investigación penal contra el Dr. JULIO CESAR TURBAY QUINTERO, en providencia de 2 de abril de 1993, la Sala ha debido ordenar suspender el procedimiento, toda vez que los resultados del juicio penal tienen incidencia en la decisión de pérdida de investidura. "La aclaración de voto de la Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS precisa lo siguiente: "Siendo la causal de la solicitud de desinvestidura la comisión de un delito, estimo que la petición no debió ser admitida por no existir sentencia condenatoria previa, toda vez que quien puede pronunciarse sobre la existencia del delito y la responsabilidad del sindicado es la justicia penal, en este caso la Corte Suprema de Justicia. La admisión sin tal pronunciamiento judicial peca contra los principios de economía procesal y eficiencia de los procedimientos, como quiera que rituado el proceso, debe concluirse necesariamente en un pronunciamiento inhibitorio. Sin embargo como en este expediente se le dio trámite a la petición, la sentencia debía ser inhibitoria y por esta razón la voté afirmativamente". A esta aclaración adhiere el doctor ALVARO LECOMPTE LUNA y el Dr. MIGUEL VIANA PATIÑO. El salvamento de voto del Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ precisa lo siguiente: "Conforme lo expresé en Sala Plena cuando se dio a discusión sobre el proyecto de sentencia de fecha agosto 10 de 1993, en el proceso que trataba de la pérdida de investidura del Senador JULIO CESAR TURBAY QUINTERO y por considerar que el actor no logró probar la causal invocada como fundamento de sus pretensiones fui partidario y así lo rubrico en este salvamento que lo procedente sería proferir fallo definitivo ABSOLUTORIO. "El salvamento del doctor JULIO CESAR URIBE REFIERE LO SIGUIENTE: "He salvado el voto respecto de la sentencia calendada el día 10 de agosto

de 1993, porque a mi juicio, el universo de la decisión, ha debido ser absolutorio por falta de pruebas: Nunca se inhíbe uno para fallar en el fondo, cuando se da tal circunstancia". A este salvamento adhiere el doctor GUILLERMO CHAIN LIZCANO. La aclaración de voto de la doctora CLARA FORERO DE CASTRO refiere lo siguiente: "Aclaro mi voto por cuanto considero que en tratándose de las causales 4° y 5° de desinvestidura, contempladas en el artículo 183 de la Constitución, por implicar conductas delictivas, no puede admitirse la solicitud de pérdida de investidura, si no viene acompañada de la correspondiente sentencia condenatoria proferida por la Corporación competente para ello. "La aclaración de voto del doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ refiere lo siguiente: "Fui partidario en los arduos debates de proyectos de sentencia, que terminó en el 10 de agosto de 1993, de que se profiriera fallo definitivo ABSOLUTORIO, puesto que después de tramitada la actuación, como observancia de las formas propias de la misma, el actor no logró evidenciar la existencia de la causal invocada como fundamento de sus pretensiones, entonces antes que decisión inhibitoria, la resolución debió ser estimatoria de carácter absolutorio". La aclaración de voto del doctor JOAQUIN BARRETO RUIZ refiere lo siguiente: "comparto la decisión inhibitoria adoptada por la Sala en el presente caso, luego de haber sido admitida la solicitud y de haberse tramitado el proceso, sin embargo, en mi opinión, en momento alguno debió admitirse la solicitud de desinvestidura, pues al haber sido formulada ella en vigencia de la Ley 5ª de 1992 y argumentarse para invocarla una "indebida destinación de dineros públicos", era indispensable que existiera "previa sentencia penal condenatoria", según lo ordena el parágrafo 2° del artículo 296 de la referida ley. Admitir una solicitud y adelantar un proceso sin que exista tal pronunciamiento judicial, no está en consonancia con los principios de economía procesal y de eficacia de los procedimientos judiciales, amén de incidir negativamente en la celeridad con que deben ser fallados los demás procesos". A esta aclaración de voto adhiere el doctor LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN RELACION CON LA PROVIDENCIA DE FECHA 10 DE AGOSTO DE 1993

Referencia: Expediente N° AC-678. Actor: *Ernesto Arévalo González.* Ponente: *Dr. Carlos Orjuela Góngora*

La aclaración de voto del suscrito Consejero se fundamenta en que si bien está de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, considera necesario hacer algunas observaciones al punto 3 de la parte motiva, sobre "Requisitos de la solicitud", en los siguientes términos:

1. El parágrafo 2° del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992 ha previsto un requisito especial para la solicitud de pérdida de la investidura cuando se fundamenta en la causal de indebida destinación de dineros públicos, consistente en que en ese caso "se requerirá previa sentencia penal condenatoria", requisito que viene a constituirse en un presupuesto especial de la demanda, del cual depende que el Consejo de Estado tenga realmente jurisdicción sobre el caso, pues mientras aquella sentencia no se produzca, la jurisdicción pertenece al juez penal correspondiente, de tal manera que cualquier pronunciamiento sobre pérdida de investidura en esos casos está condicionado a la decisión que se adopte dentro del proceso penal, por lo cual, de acuerdo con la norma legal anteriormente citada, el proceso contencioso administrativo que pretenda iniciarse sin que exista la sentencia penal carece de objeto y de fundamento.

2. De acuerdo con lo anterior, desde otro punto de vista, en el presente caso y en otros similares se presenta el fenómeno que la ponencia inicial identificaba como "petición antes de tiempo", lo cual debía implicar la inadmisión de la demanda desde su presentación, por falta de un requisito de procedibilidad de la acción. No aceptarlo así implica, como lo expresa la H. Consejera Dolly Pedraza de Arenas en la aclaración de voto que antecede, pecar contra los principios de economía procesal y eficiencia de los procedimientos, pues, adelantado el proceso, debe concluirse necesariamente en un pronunciamiento inhibitorio, como en el caso presente.

3. Debo aclarar igualmente que si en la providencia de 8 de septiembre de 1992 (Expediente N° AC-175, Actor: Carlos Espinosa Faccio Lince; Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano), la Sala expresó que las calificaciones previas, judicial o congresional, no pueden ser requisitos de procedibilidad de la acción, ello constituyó una afirmación marginal dentro de dicha providencia, que no compromete la posición futura de la Sala, por cuanto no sólo se trató en esa ocasión de la primera aplicación de esta nueva figura constitucional, sino que en ese caso concreto la citada afirmación no tenía una connotación sustancial que hubiera llevado a esa conclusión después de un estudio detallado sobre el punto, ya que efectivamente existía una sentencia penal condenatoria, la cual constituyó el fundamento esencial de la decisión adoptada.

4. En síntesis, si bien considero que lo procedente era el fallo inhibitorio, como efectivamente se expidió, él debía fundamentarse esencialmente en que se admitió irregularmente la demanda, por falta de un requisito de procedibilidad y no simplemente porque no se hubiere probado dentro del proceso la existencia de la sentencia penal condenatoria.

Respetuosamente,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y tres.

ACLARACION DE VOTO DEL *DR. YESID ROJAS SERRANO*

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Santafé de Bogotá, D.C., primero de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Referencia: Expediente N° AC-678. Asuntos Constitucionales. Actor: *Ernesto Arévalo González.*

Con el debido respeto que me merece el criterio mayoritario de la Sala Plena, me permito separarme de él, por las siguientes razones:

El artículo 184 de la Constitución Nacional donde se consagra la nueva figura de la pérdida de investidura de los congresistas, es del siguiente tenor:

> "La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano".

De la disposición pretranscrita se desprende la necesidad de que exista una ley que fije el procedimiento especial para que el Consejo de Estado decrete de acuerdo con ella, la pérdida de la investidura.

En concordancia con la anterior apreciación, el artículo 304 de la Ley 5ª de 1992, en su último inciso, dispone:

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

Como quiera que el Congreso de la República aún no ha dictado la ley y los

procedimientos especiales a los que se ha aludido, surge la necesidad de aplicar algunas normas que desarrollan el aspecto de la nuevas figuras consagradas en la Ley 5ª de 1992, "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes".

El parágrafo 2º del artículo 296 ordena que:

"Para proceder en los ordinales 4 y 5 de este artículo se requerirá previa sentencia penal condenatoria".

De lo consignado se desprende que cuando se trata de indebida destinación de dineros públicos, la causal requiere de previa sentencia penal condenatoria ejecutoriada o en firme, trasladada al Consejo de Estado en pleno por la autoridad respectiva; o confirmación de la decisión y comprobación del hecho, si es la Mesa Directiva de alguna de las Cámaras la que solicite al Consejo de Estado la declaratoria de pérdida de investidura del Congresista.

En concordancia con lo anterior, el artículo 301 de la misma Ley 5ª de 1992, al referirse a la solicitud de pérdida de la investidura, formulada por cualquier ciudadano, establece que dicha solicitud deberá ser acompañada de las pruebas que así lo ameriten, en las condiciones legales, y si ello no fuera posible de demostraciones sumarias sobre la causal invocada.

La exigencia de una sentencia penal condenatoria, o de la confirmación de la decisión o de las pruebas que así lo ameriten, según el caso, para que la causal "indebida destinación de dineros públicos" se estructure, se halla en consonancia con su naturaleza de carácter penal, con las repercusiones jurídico políticas de la pérdida de la investidura de un Congresista y con el régimen especial que debe gobernarla.

Al Consejo de Estado, según los términos de la Constitución (art. 184) y de la Ley 5ª de 1992 (art. 297, 299 y 304), le corresponde declarar judicialmente la pérdida de la investidura, con base en las pruebas concretas y suficientes que le remitan las autoridades correspondientes o los ciudadanos solicitantes. Es ésta una función diferente e independiente a la de allegar pruebas tendientes a la estructuración de las causal que se alegue. No puede el Consejo de Estado sustituir al Juez Penal, en este caso la Corte Suprema de Justicia en la calificación de los hechos y en la determinación de la responsabilidad penal.

Atentamente,

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

Santafé de Bogotá, D.C., trece de octubre de mil novecientos noventa y tres

Referencia: Expediente N° AC-678. Actor: *Ernesto Arévalo González.* Ponente: *Dr. Carlos Orjuela Góngora.*

Conforme lo expresé en Sala Plena cuando se dio la discusión sobre el proyecto de sentencia de fecha agosto 10 de 1993, en el proceso que trataba de la pérdida de investidura del Senador JULIO CESAR TURBAY QUINTERO y por considerar que el actor no logró probar la causal invocada como fundamento de su pretensiones fui partidario y así lo rubrico en este salvamento que lo procedente sería proferir fallo definitivo ABSOLUTORIO.

La decisión en vez de inhibitoria debió ser de fondo o estimatoria de carácter absolutorio.

Juan de Dios Montes Hernández

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Santafé de Bogotá, D.C., agosto diez y nueve (19) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Ref: Expediente N° AC-678. Asuntos Constitucionales. Actor: *Ernesto Arévalo G.* Ponente: *Dr. Carlos Orjuela Góngora*

Siendo la causal de solicitud de desinvestidura la comisión de un delito, estimo que la petición no debió ser admitida por no existir sentencia condenatoria previa, toda vez que quien puede pronunciarse sobre la existencia del delito y la responsabilidad del sindicado es la justicia penal, en este caso la Corte Suprema de Justicia. La admisión sin tal pronunciamiento judicial peca contra los principios de economía procesal y eficiencia de los procedimientos, como quiera que rituado el proceso, debe concluirse necesariamente en un pronuciamiento inhibitorio.

Sin embargo como en este expediente se le dio trámite a la petición, la sentencia debía ser inhibitoria y por esta razón la voté afirmativamente.

Dolly Pedraza de Arenas

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DR. MIGUEL VIANA PATIÑO -

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y tres (1993)
Ref: Expediente N° AC-678. Actor: *Ernesto Arévalo González*

Por compartir los criterios expuestos por la H. Consejera Dra. Dolly Pedraza de Arenas en su aclaración de voto de fecha 19 del mes en curso, que obra al folio 132 del expediente, me adhiero a tal aclaración

Miguel Viana Patiño

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

EN LA PROVIDENCIA DISCUTIDA Y APROBADA POR LA SALA PLENA EN SESION DE 10 DE AGOSTO DE 1993. Radicado AC-678- ASUNTOS CONSTITUCIONALES - (SOLICITUD DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA DEL SENADOR JULIO CESAR TURBAY QUINTERO)- Actor: Ciudadano Ernesto Arévalo González

Por coincidir la opinión del suscrito con la expresada por la Sra. Consejera doctora Dolly Pedraza de Arenas, con su venia a su aclaración de voto se remite.

Atentamente,

Alvaro Lecompte Luna

Santafé de Bogotá, D.C., once de octubre de mil novecientos noventa y tres

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Referencia: Expediente N° AC-678. Actor: *Ernesto Arévalo González.* Consejero Ponente: *Dr. Carlos Orjuela Góngora.*

Como estoy en un todo de acuerdo con el salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta, visible al folio 146 del expediente, me adhiero a él.

Atentamente,

Guillermo Chahín Lizcano

Fecha ut supra

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo -

Actor: *Ernesto Arévalo González*

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

Con el debido respeto, me aparto de la decisión inhibitoria que antecede, por considerar que si, como lo dice la misma providencia en su parte considerativa, la solicitud de pérdida de investidura, se hizo con fundamento en la posible comisión de un delito y está comprobado a folio 63 del expediente que la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, abrió investigación penal contra el Dr. JULIO CESAR TURBAY QUINTERO, en providencia del 22 de abril de 1993, la Sala ha debido ordenar suspender el procedimiento, toda vez que los resultados del juicio penal tienen incidencia en la decisión de pérdida de investidura.

Consuelo Sarria Olcos

Fecha ut supra

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contensioco Administrativo, Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez y seis (16) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Referencia: Expediente N° AC-678 . Acción de tutela. Actor: *Ernesto Arévalo González.*

He salvado el voto respecto de la sentencia calendada el día 10 de agosto de 1993, porque a mi juicio, el universo de la decisión, ha debido ser absolutorio por falta de pruebas. Nunca se inhíbe uno para fallar en el fondo, cuando se da tal circunstancia.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente N° AC-678. Actor: *Ernesto Arévalo González.*

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, me aparto de la decisión precedente, como lo he venido haciendo en todos los procesos de pérdida de investidura, ya que considero que en el caso sub examine ha debido inadmitirse la solicitud de pérdida de investidura del Senador Julio César Turbay Quintero y no tramitarse el proceso, por las siguientes razones:

I. 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.

La Constitución Política de 1992 le asignó al Consejo de Estado una nueva competencia de carácter jurisdiccional y constitucional, en el artículo 237, ordinal 5°, 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 investidura) y 184 de la misma (determina el término de duración del proceso y quiénes están legitimados para promoverlo), y la ley.

Esa sujeción a los artículos 183 y 184, supone, que en materia de causales de pérdida de la investidura, de término de duración del proceso y legitimación para promoverlo, el Consejo de Estado debe darle aplicación estricta y preferencial a dichos textos, por mandato del artículo 4° 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 posteridad 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 Senador Julio César Turbay Quintero 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 4° 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., como lo ha hecho la Sala en la providencia precedente. Valga poner de presente que las etapas de fijación en lista (5 días), probatoria (10 a 60 días) y alegatos (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.

Además de las razones enunciadas cabe tener en cuenta que para despejar toda duda al respecto el artículo 304 de la Ley 5ª de 1992 (contentiva del Reglamento del Congreso) estatuyó en forma expresa que la acción pública de pérdida de investidura está sujeta a un "procedimiento judicial especial", el cual no se ha expedido aún por el Congreso e impide que se tramite la referida acción.

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.

Fecha ut supra,

Ernesto Rafael Ariza Múñoz, Consejero

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

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -

Referencia: Expediente N° AC-678. Actor: *Ernesto Arévalo González*

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

En primer término, el art. 183 de la C.N. atribuye la competencia para dictar el decreto de pérdida de investidura al Consejo de Estado.

Esta competencia, por estar prevista como especial a términos del art. 237-5 de la C.N., le corresponde a la Corporación en pleno, es decir, integrada por los miembros de todas sus Salas y Secciones.

En consonancia con lo anterior, el art. 304 de la Ley 5ª de 1992 atribuyó la competencia en mención al Consejo en pleno.

En tales condiciones en el presente caso debía conocer del negocio la Sala Plena del Consejo de Estado.

A más de lo anterior, se observa también, que la C.N. establece que el decreto de pérdida de investidura deberá producirse dentro de un término no mayor de veinte días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano (art. 183).

Esta disposición aparece repetida en el mencionado art. 304 de la Ley 5ª de 1992.

Pero, se observa, no hay procedimiento ordinario o especial que permita tomar una decisión sobre el particular en el término previsto por la Constitución y la ley.

Por su parte, la Ley 5ª de 1992 en el mismo artículo citado prevé que "La ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de la investidura, en lo que al Consejo de Estado se refiere".

En tales condiciones es claro que mientras no exista el procedimiento especial no es posible tramitar la solicitud, por cuanto no se ha establecido la forma de cumplir lo ordenado por la C.N.

En tales condiciones considero que la Sala Contenciosa no tenía competencia para decidir el negocio, ni disponía de un procedimiento que garantizara el cumplimiento del término previsto en la Constitución Nacional.

De los señores Consejeros,

Miren de la Lombana de Magyaroff

Fecha ut supra

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

Referencia: Expediente N° AC-678. Actor: *Ernesto Arévalo González.*

He venido separándome, desde el comienzo, del criterio jurisprudencial adoptado por la mayoría de la Sala en casos semejantes, por cuanto he considerado que mientras el legislador no expida la norma que consagre el procedimiento contencioso-administrativo especial, que la misma ley ha previsto para el trámite y decisión de las solicitudes de pérdida de la investidura de congresista, no es dable darles curso, ya que, de un lado, el mismo legislador ha dispuesto expresamente que deben tramitarse por un procedimiento especial, lo cual constituye garantía del derecho al debido proceso consagrado en la Carta Política, y, por cuanto, de otro lado, el procedimiento ordinario, por mandato de la misma ley procesal es para las contenciones que no tengan señalado un procedimiento especial, y no para aquellas que deben tenerlo por disposición expresa de la misma ley, que permita, además, tramitar y resolver en el término consagrado expresamente en la Constitución.

Además, en este caso en particular, considero que ante la inexistencia de sentencia condenatoria dictada por el juez competente, que determine la causal o causales de pérdida de la investidura invocadas, no debió dársele trámite a la solicitud.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado

Fecha ut supra

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ.

Referencia: Expediente N° AC-678. Actor: *Ernesto Arevalo González.*

Comedidamente me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala en el proceso de la referencia, en primer lugar, con apoyo en los criterios que venía sustentando respecto de la competencia del Consejo de Estado en pleno para conocer de la acción de pérdida de la investuidura. Además, porque no se ha expedido la ley que fije el procedimiento especial para el trámite de proceso conforme lo prevé el inciso último art. 304 de la Ley 5ª de 1992.

Pero también, porque propuesta la acción con apoyo en la causal de pérdida de la investidura de congresista prescrita en el numeral 4 del art. 183 de la Constitución Política, que se apoya en la infracción penal del peculado, mientras no exista por el mismo asunto sentencia condenatoria ejecutoriada no puede el Consejo de Estado adelantar el proceso.

Se trata, en efecto, de una condición de procedibilidad de la acción de pérdida de la investidura en el aludido caso.

Santafé de Bogotá, Octubre 7 de 1993.

Amado Gutiérrez Velásquez

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE

Referencia: Expediente N° AC-678. Actor: *Ernesto Arévalo González.* Providencia del 6 de agosto /93

Ponente *Dr. Carlos Orjuela Góngora*

Muy respetuosamente sigo insistiendo en que en esta materia no puede negarse la incidencia que tiene la Ley 5a. de 1992 así su tema central sea el Reglamento de Congreso, porque son varios los aspectos que al regular el estatuto del congresista constituyen la antesala del juicio que corresponde al Consejo de Estado o que de alguna manera inciden en él, ya sea en cuanto a su iniciación , como los casos en que como culminación de un procedimiento interno le corresponde a la Mesa Directiva formular la solicitud al Consejo o en los que la "prueba" de la causal necesariamente reposa y debe producirla una de las Cámaras, como la relativa a asistencia, al conflicto de intereses, etc.

La institución de la pérdida de investidura es nueva; de trascendencia política porque altera la votación en el Congreso así sea transitoriamente y de trascendencia personal porque inhabilita en forma permanente al Congresista. Su importancia se muestra con la intervención de los estamentos del Estado al más alto nivel, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia, la Cámara, el Senado son llamados a intervenir o a producir actos trascendentes en el proceso.

Su novedad y su importancia hicieron pensar al constituyente, en un procedimiento breve y contundente de veinte días. No vislumbro en la redacción del art. 184 que el constituyente hubiera imaginado aplicable el procedimiento ordinario del C.C: A. sino que al decir que ése haría con arreglo a la Constitución y la ley, ésta necesariamente tendría que ser especial y adecuada a la nueva figura.

Así lo entendió y lo expresó ya el legislador cuando en el art. 304 de la Ley 5ª /92 anticipó que el procedimiento ante el Consejo de Estado sería "judicial" por una parte (con lo cual de antemano radicó la competencia en la Sala Contencioso Administrativa) y "especial" por la otra, con lo cual descartó el ordinario, máxime cuando reiteró el plazo de "20 días" para decidir, impuesto por la Constitución.

La incidencia de la Ley 5ª /92 se observa aun en los casos de solicitud formulada por cualquier ciudadano que según el artículo 301 debe estar acompañada de las pruebas que así lo ameriten "en las condiciones legales" y éstas cuando se trata de la causal consistente en indebida destinación de dineros públicos según el parágrafo 2° del art. 296, consiste en la "previa sentencia penal condenatoria".

A falta de ella, aun dentro del criterio procesal adoptado por la mayoría, estimo que el fallo no podría ser sino absolutorio. Por las especiales características que ya anoté no creo que tuviera cabida la inhibición (para dejar flotando en el aire el cargo), ni la suspensión (para hacer más largo el proceso).

Jaime Abella Zarate

Santafé de Bogotá, D.C:, septiembre 20 de 1993.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION-Improcedencia/**SENTENCIA DE SALA PLENA CONTENCIOSA/RECURSOS**-Improcedencia.

Es competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para conocer del Recurso Extraordinario de Revisión respecto de las sentencias dictadas por las Secciones del Consejo de Estado, con exclusión de los magistrados que intervinieron en su expedición. No existe norma que en forma expresa consagre la procedencia de este recurso, contra las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y como consecuencia, que señale la competencia para conocer del mismo. En la resolución del Recurso Extraordinario de Revisión, no pueden tomar parte los magistrados que intervinieron en la expedición de la providencia materia del recurso, lo que implica que si fuera procedente, no podrían intervenir los magistrados titulares integrantes de la Sala Plena Contencioso Administrativa, debiendo ser reemplazados en su totalidad por conjueces.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente N° Rev-066. Recurso Extraordinario de Revisión. Actor: *Carlos Alberto Marín Ramirez.*

Mediante escrito presentado en la Secretaria General de la Corporación, el demandante por medio de apoderado interpuso Recurso Ordinario de Súplica contra el auto de junio 11 de 1993 de Sala Unitaria, por medio del cual se inadmitió el Recurso Extraordinario de Revisión que había sido formulado contra la sentencia de octubre 5 de 1990 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, que resolvió el Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto contra la sentencia de marzo 7 de 1989 emanada de la Sección Segunda de esta Corporación, la cual había resuelto el recurso de

apelación formulado contra la sentencia de primera instancia de Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera-, de mayo 9 de 1986, con base en que al sostenerse en la providencia que el Recurso Extraordinario de Revisión no procede contra sentencias proferidas por la Sala Plena del Consejo de Estado, sino solamente contra las sentencias dictadas por las Secciones del mismo Consejo conforme a los arts. 130 inciso 3°, 185 y 186 del C.C.A., se le está haciendo decir a estas normas lo que realmente no contienen, pues el primero y último de los preceptos citados, se limitan a señalar quién tiene la competencia para conocer de los recursos de revisión interpuestos contra las sentencias de la secciones, sin hacer referencia a las sentencias dictadas por la Sala Plena, por lo cual, dichas normas no pueden invocarse para deducir algún precepto relativo a las sentencias dictadas por ésta.

La segunda de las normas mencionadas en la providencia (art. 185), establece lo contrario de lo que en ella se concluyó, es decir, que las sentencias, todas las sentencias, son susceptibles del Recurso Extraordinario de Revisión, sin hacer distinción entre sentencias que puedan ser recurridas en revisión y las que no lo sean, y donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete hacerlo.

Si los arts, 130 y 186 no se refieren a las sentencias dictadas por la Sala Plena, se debe concluir que el C.C.A., no estableció allí de manera explícita quién tiene la competencia para conocer de los recursos de revisión interpuestos contra las mismas, asunto que queda resuelto aplicando el art. 97 numeral 2 del C.C.A.

Negar la procedencia de recursos de revisión contra sentencias de la Sala Plena implicaría asumir que ella goza de infalibilidad.

Agotado el trámite legal dado por la secretaría al recurso interpuesto, es del caso resolverlo luego de las siguientes,

CONSIDERACIONES

Como la providencia recurrida es un auto interlocutorio proferido por el ponente, de acuerdo con lo regulado en el art. 183 del C.C.A., subrogado por el D.E. 2304 de 1989 art. 39, es procedente el recurso interpuesto.

Dice en los incisos tercero y cuarto el art. 130 del C.C.A., subrogado por el D.E. 2304 de 1989 art. 21:

> La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocerá del recurso extraordinario de revisión, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra las sentencias dictadas por las Secciones.
>
> Las Secciones conocerán del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia proferida por los Tribunales.

En los mismos términos del inciso tercero de la norma antes transcrita, se expresa el art. 186 *ibídem*, subrogado por el D.E. 2304 de 1989 art. 40.

El artículo 185 del C.C.A., dice:

> El recurso extraordinario de revisión procederá contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Consejo de Estado y por los tribunales administrativos.

La defectuosa e imprecisa redacción del art. 185 transcrito, da pie al recurrente para sostener su punto de vista sobre la procedibilidad del Recurso Extrordinario de Revisión respecto a las sentencias de la Sala Plena del Consejo de Estado, pero interpretando dicha norma en forma sistemática relacionándola con las otras dos disposiciones citadas en el auto recurrido, que trata sobre el mismo recurso, se llega a la conclusión contraria por los siguientes motivos:

a) Porque en los artículos 130 y 186 del C.C.A., subrogados por el D.E. 2304 de 1989 arts. 21 y 40, respectivamente, en forma clara y precisa se señala la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para conocer del Recurso Extraordinario de Revisión respecto de las sentencias dictadas por las Secciones del Consejo de Estado, con exclusión de los magistrados que intervinieron en su expedición.

b) Porque no existe norma que en forma expresa consagre la procedencia de ese recurso, contra las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y como consecuencia, que señale la competencia para conocer del mismo.

c) Porque conforme a lo regulado en las normas analizadas, en la resolución del Recurso Extraordinario de Revisión, no pueden tomar parte los magistrados que intervinieron en la expedición de la providencia materia del recurso, lo que implica que si fuera procedente, no podrían intervenir los magistrados titulares integrantes de la Sala Plena Contencioso Administrativo, debiendo ser reemplazados en su totalidad por conjueces. Sobre este aspecto Carlos Betancur Jaramillo en su obra "Derecho Procesal Administrativo, 3ª Edición 1992, pág. 413, dice:

> Recurso de revisión
>
> Este recurso procederá -tal como lo dispone el artículo 185 del código- contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Consejo de Estado y por los tribunales administrativos.
>
> Aunque la interpretación literal de la norma mencionada permite pensar en que las sentencias de primera instancia de los tribunales también son susceptibles del mencionado recurso, armonizando este artículo con el 130 del C.C.A. (21 del decreto 2304), habrá que concluir que sólo tendrán revisión las sentencias

de las secciones del Consejo de Estado y las de única de los tribunales. El nuevo texto no deja posibilidad alguna para que tengan el indicado recurso las dictadas en primera instancia por los tribunales.

Lo explicado es antecedente de la no prosperidad del recurso de suplica interpuesto, por lo cual, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

Denegar el recurso de súplica interpuesto por el demandante contra el auto de junio 11 de 1993 emanado de la Sala Unitaria.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión del día nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahin Lizcano, Presidente; *Dolly Pedraza de Arenas,* Vicepresidente ausente; *Jaime Abella Zárate*, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz*, Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro*, Ausente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía,, Miren de La Lombana de Magyaroff , Alvaro Lecompte Luna*, Ausente; J*uan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora,* Ausente, *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño,* Ausente, *Diego Younes Moreno*, Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/JURISDICCION ROGADA/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia

El cargo, según el cual, la sentencia desconoce el principio de congruencia, no puede servir de sustento al recurso interpuesto, ya que la impugnación hecha por la recurrente, o mejor, la vulneración de dicho principio, sería un motivo de violación de la ley, concretamente de los artículos 305 del C. de P.C. y 170 del C.C.A.; y no de transgresión de jurisprudencia de la Sala Plena, fundamento éste sí, del recurso extraordinario de súplica. No puede concluirse en la violación de los principios de congruencia y de justicia rogada, porque la providencia recurrida se fundamentó en consideraciones, causales y cargos expuestos en el líbelo, tales como la existencia del convenio, el incumplimiento de él por parte de la Lotería y la ocurrencia de perjuicios derivada del tal circunstancia.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y tres .

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia.: Expediente N° S-186. Recurso extraordinario de súplica..Actora: *Sociedad Alberto Corredor y Cía. Limitada*

Procede la Sala Plena a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Lotería de Bogotá, parte demandada en el proceso, contra la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 4 de marzo de 1991 mediante la cual se revocó la del 2 de febrero de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar, condenó a la citada Lotería "a pagar por concepto de indemnización a la sociedad Alberto Corredor y Cia. Ltda., la cantidad de $ 9.291.090.13", actualizados con sujeción a lo dispuesto en la motivación, previa declaración de que la entidad

distrital había incumplido las obligaciones nacidas del convenio jurídico celebrado entre ella y la sociedad demandante.

ANTECEDENTES

1. **Tipo de acción y causa petendi.**

La sociedad ALBERTO CORREDOR Y CIA. LTDA., mediante apoderado judicial y en demanda formulada contra la Lotería de Bogotá, le solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que condenara a la mencionada entidad Distrital a indemnizarle "todos los perjuicios derivados del incumplimiento en cuantía de $ 9.291.090.13 que corresponde al monto total de la comisión pactada sobre la venta de los 12 pisos más el 3% sobre el valor de los 82 aparcaderos", adicionando dicho valor con el correspondiente a la corrección monetaria durante el lapso comprendido entre el 10 de agosto de 1983 y la fecha del fallo y, además, con los intereses comerciales de la suma total, durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y los moratorios que se causen con posterioridad.

2. Como situaciones de orden fáctico, conformativos de la causa petendi, se consagran en el libelo demandatorio, las que la Sala se permite sintetizar así:

a) La Gerencia de la Lotería de Bogotá, previa autorización de la Junta Directiva de la entidad y con el fin de celebrar contrato de comisión con una firma inmobiliaria para la venta de doce (12) pisos del edificio de su propiedad, abrió una licitación privada, en la cual participaron, entre otras, la firma ALBERTO CORREDOR Y CIA. LTDA., la que resultó seleccionada por ofrecer las mejores garantías.

b) Como consecuencia de lo anterior la firma favorecida y la Lotería de Bogotá suscribieron el contrato N° 008 de 1983, con el plazo de un año para su perfeccionamiento, mediante el cual la inmobiliaria se comprometió con el organismo oficial, a realizar en nombre de éste y en su calidad de comisionada, la promoción y venta de los aludidos pisos y aparcaderos, obligándose la Lotería a pagarle un 3% de comisión sobre el valor de las ventas y en tal caso como mínimo la suma de $ 9.291.090.13 y además a mantener la exclusividad con el comisionista por el término de un año.

c) La sociedad Alberto Corredor y Cía. Ltda. satisfizo completamente todo cuanto le incumbe para el perfeccionamiento del contrato, mientras que la Lotería de Bogotá nada hizo de lo que le correspondía hacer, sino que por el contrario, a través de su gerente, con fecha 2 de agosto de 1983, con el ánimo deliberado de incumplir sus obligaciones, inició conversaciones con la Contraloría Distrital para venderle directamente ocho (8) pisos del mismo edificio de la carrera 35 N° 26-66, comprendidos dentro de los doce (12) que habían sido objeto de la licitación y de adjudicación a Corredor y Cía., aduciendo como pretexto la falta de perfeccionamiento del contrato por parte de la Junta Directiva y otros requisitos que le incumbía cumplir a la

propia Lotería tales como el registro del contrato y la aprobación de las garantías que en forma suficiente y de acuerdo con la ley ya había otorgado el adjudicatario de la licitación.

d) El 22 de agosto de 1983 la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá aprobó una presunta negociación con la Contraloría Distrital para la venta a ésta última de los ocho pisos del edificio en referencia, por la suma de $ 140.000.000, de los cuales pagó $ 50.000.000 como parte del precio acordado y el resto en Bonos de Desarrollo Urbano.

e) Posteriormente la Junta Directiva de la Lotería en su sesión del 29 de septiembre de 1983, según consta en el Acta N° 276 negó la aprobación del contrato de comisión con Alberto Corredor y Cía. Ltda., porque "no se hace necesario utilizar los servicios de la firma citada , ya que existe una negociación entre la Administración Central y la Lotería de Bogotá, negociación directa que, consecuencialmente hace innecesaria la intervención de cualquier intermediario".

f) En virtud de los hechos anteriores "la propia Lotería de Bogotá se ha colocado en imposibilidad de cumplir la obligación emanada del acto de adjudicación de la licitación privada, consistente en el perfeccionamiento y consiguiente ejecución del contrato que suscribió", causando así grave daño a la sociedad demandante.

3. **Decisión.**

El proceso terminó en primera instancia con sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 2 de febrero de 1989, en la cual denegó las súplicas de la demanda y condenó a la parte actora al pago de las costas causadas.

4. **La sentencia recurrida.**

Es la proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera- el 4 de marzo de 1991, mediante la cual revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de obligaciones nacidas del convenio jurídico celebrado entre ella y la Sociedad Alberto Corredor y Cía. Ltda., y condena a la Entidad Distrital a pagar a la inmobiliaria por concepto de indemnización, la cantidad de $ 9.921.090.13, actualizados y con intereses del 6% anual desde el 27 de julio de 1984, hasta la ejecutoria del fallo.

5. **Motivo del recurso y jurisprudencia contrariada.**

En primer término, considera la recurrente que la sentencia suplicada contraría la jurisprudencia de la Corporación en cuanto ésta acoge el principio de jurisdicción rogada y de congruencia.

A este respecto dice:

"El actor en el proceso que culminó con la sentencia suplicada NO pide a la jurisdicción Contencioso Administrativo que declare la existencia de un contrato o convenio para de esa declaración deducir el incumplimiento de obligaciones convencionales y la consiguiente obligación de indemnizar el prejuicio sufrido".

Respecto a los principios y congruencia y de jurisdicción rogada, cita como jurisprudencia contrariada, la contenida en las siguientes sentencias de Sala Plena:

1. La sentencia N° 366 de 5 de diciembre de 1988, expediente S-036, Magistrado Ponente, Dr. Alvaro Lecompte Luna.

2. La sentencia N° 191 de 29 de marzo de 1989, expediente N° R-037, con ponencia de la Consejera Dra. Clara Forero de Castro.

Esta providencia según lo expresa la recurrente, alude a las sentencias de 26 de julio de 1963 y 26 de enero de 1949, las cuales se refieren al carácter de rogada que tiene esta jurisdicción y que no permite apartarse de los planteamientos de la demanda.

Ahora, respecto a la indemnización, el recurso hace referencia tangencial a la sentencia del 14 de marzo de 1984, la que según informe de la Relatoría fue proferida en el expediente N° 10.768 con ponencia del Dr. Joaquín Vanín Tello y hace relación a la responsabilidad del Estado cuando se presenta la falla del servicio, señalando para el efecto, los elementos que la determinan.

Estima el recurrente que con la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado , se contraría el principio que acoge la Sala Plena en el sentido de ser un daño cierto, el daño indemnizable.

Por lo demás, en el escrito de interposición del recurso, citan también algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Sección Tercera -Sala de lo Contencioso Administrativo-, a las cuales no se hará referencia en esta oportunidad en virtud del ya reiterado principio según el cual, dentro del recurso extraordinario de súplica, solamente puede argumentarse la contradicción de la jurisprudencia de la Corporación (Consejo de Estado), entendida ésta, como la Sala, ahora, denominada Plena de lo Contencioso Administrativo.

6. **Oposición al Recurso.**

El señor apoderado de la parte demandante se opone al recurso interpuesto partiendo de la base de que el fallo no ha desbordado los límites legales de la justicia rogada y guarda la debida congruencia con las peticiones de la demanda si se tiene en cuenta que ésta contiene una serie de hechos que alude todo un proceso de contratación que la Lotería desconoció.

Argumenta la parte demandante que en la fundamentación jurídica del libelo se dice que al adjudicarse la licitación, así el Gerente de la Entidad se hubiera negado a suscribir el compromiso, surgió un vínculo contractual del cual emanan obligaciones y derechos para las partes; amén de que en el acápite de la demanda, relativo a la competencia, se hace mención a omisiones y hechos de la Administración, no para aducir una responsabilidad extracontractual, sino como constitutivos del incumplimiento de la obligación emanada del acto de adjudicación de un contrato.

Termina diciendo en este aspecto el impugnante del recurso, que conforme a la misma jurisprudencia citada por el recurrente como vulnerada, el principio de la congruencia no se quebranta cuando los vocablos usados por el demandante no sean exactamente los que usa el sentenciador, cuando las ideas y la compresión de los fenómenos sean coincidentes, como tampoco cuando los esquemas del planteamiento del fallo varían en su enunciado con respecto a los de la demanda, si por lo demás se mantienen los sentidos y los significados.

En cuanto al cargo relacionado con la indemnización del daño, anota la parte demandante que el recurrente "se limitó a señalar las condiciones que el Concejo de Estado ha señalado para la prosperidad de la pretensión de responsabilidad por falla del servicio, la cual para nada concierne con una pretensión indemnizatoria por incumplimiento de un acuerdo de voluntades...". Considera además que como el cargo no implica contradicción con doctrina de la Sala Plena, solo puede entenderse como un ataque directo, al fondo mismo de la sentencia, que no es posible proponer dentro de un recurso específico y de carácter extraordinario como es el de súplica.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Primer cargo. Lo concreta la recurrente en la falta de congruencia entre lo solicitado en la demanda y lo resuelto en la sentencia por que el actor no pide a la jurisdicción contencioso-administrativa que aclare la existencia de un contrato o convenio, para de esa declaración deducir el incumplimiento de la obligaciones convencionales y la consiguiente obligación de indemnizar el perjuicio sufrido, y sin embargo, la sentencia recurrida, en el numeral 2° de la parte resolutiva declara estar resolviendo una controversia contractual, con lo cual está haciendo reconocimientos esenciales no solicitados como es la declaración de existencia de un vínculo contractual. En otras palabras, que mientras las peticiones de la demanda se sustentan en hechos y omisiones de la administración, para originar en ellos la responsabilidad, en la sentencia, se hace derivar dicha responsabilidad del incumplimiento de un convenio de tipo comercial, del cual emanan obligaciones para las partes.

En primer término, pasa a referirse la Sala al principio de congruencia que como ya se expresó, se estima violado por la parte recurrente.

Este principio, que informa nuestro derecho procesal está consagrado constitucionalmente en el artículo 163 de la Carta de 1886, vigente para la época del fallo; en el artículo 305 del C. de P.C. para la jurisdicción ordinaria, según el cual "la sentencia

deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla"; y en el artículo 170 del C.C.A. para la jurisdicción contencioso -administrativa, en los siguientes términos:

> "Art. 170. Contenido de la sentencia .- La sentencia tiene que ser motivada. 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...".

Así las cosas, al parecer de la Sala, el cargo, según el cual, la sentencia desconoce el principio de congruencia, no puede servir de sustento al recurso interpuesto, ya que la impugnación hecha por la recurrente, o mejor, la vulneración de dicho principio, sería un motivo de violación de la ley, concretamente de los artículos 305 del C. de P.C. y 170 del C.C.A.; y no de transgresión de jurisprudencia de la Sala Plena, fundamento éste sí, del recurso extraordinario de súplica.

Recordemos cómo las violaciones directas de la ley, por parte de una sentencia daban lugar, en épocas pretéritas, al otrora llamado recurso de anulación, derogado por el Decreto 597 de 1988.

No obstante lo anterior, dada la circunstancia de que la recurrente considera violados los principios de congruencia y de justicia rogada y de que al respecto se citan contrariadas jurisprudencias de la Sala Plena, es del caso hacer una comparación entre los planteamientos hechos en la demanda y lo resuelto en la sentencia censurada.

El texto de la demanda contiene una relación de hechos que tocan los aspectos de la contratación, de la apertura y adjudicación de una licitación, de la suscripción del contrato número 008 de 1983 sobre una comisión, entre la demandante y la Lotería; del surgimiento de obligaciones para las partes, del incumplimiento de tales obligaciones por la entidad distrital y de los perjuicios cuestionados a la sociedad demandante por la actitud de la demandada.

A este respecto se lee en los fundamentos fácticos del libelo:

> "Desde antes del 26 de abril de 1983 la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá autorizó al Gerente de la entidad para celebrar un contrato de comisión con una firma especializada..."(folio 2).
>
> "En desarrollo de la referida autorización, la Gerencia de la Lotería abrió una licitación privada..." (folio 2).
>
> "El 31 de mayo de 1983 el Gerente de la Lotería de Bogotá le comunicó a Alberto Corredor y Cía Ltda., que, previo el estudio de las propuestas recibidas, había sido seleccionada esta firma..." (folio 3).

"Tanto el Gerente de la Lotería como el representante legal de Alberto Corredor y Cía. Ltda., suscribieron el contrato número 008 de 1983...".

"Consta en el texto del documento que la sociedad Alberto Corredor y Cía Ltda., se compromete para con la Lotería de Bogotá a realizar en nombre de ésta y como su comisionado, la promoción y venta de los pisos 1, 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 y los 82 aparcaderos de su propiedad..." (folio 3).

"La Lotería se obliga a pagar a Alberto Corredor y Cía. Ltda., un 3% de comisión sobre el valor de las ventas...". "...se estima el monto mínimo total de la comisión, por concepto de la renta (sic) de apartamentos, en la suma de $ 9'291.090.13".

"También se obliga la Lotería de Bogotá a "mantener la exclusividad en el comisionista por el término de duración del contrato...".

"La sociedad Alberto Corredor y Cía. Ltda., suministró certificados de paz y salvo correspondientes, el de constitución y gerencia, el de Contraloría sobre ausencia de inhabilidad para contratar, y además, otorgó la garantía o caución exigida, mediante Póliza N° 1608 de la Compañía Mundial de Seguros S.A., pagó el impuesto de timbre y sufragó los gastos de publicación del contrato, con lo cual satisfizo completamente todo cuanto incumbía para los efectos del perfeccionamiento del contrato, en los términos de la cláusula Decimocuarta y de las disposiciones legales particulares".

"En cambio la Lotería de Bogotá nada hizo de lo que le correspondía hacer para el perfeccionamiento del contrato; por el contrario, desde el 2 de agosto de 1983 actuó en forma contraria a las obligaciones que se impuso y que se derivaban de la adjudicación de la licitación, con el ánimo deliberado de incumplirlas".

"Más tarde, la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá, en su sesión del día 29 de noviembre de 1983, según consta en el Acta N° 276, le negó la aprobación del contrato de comisión con Alberto Corredor y Cía. Ltda., suscrito por el Gerente dos meses antes y autorizado por la misma Junta desde abril de 1983, porque "no se hace necesario utilizar los servicios de la firma citada, ya que existe una negociación entre la Administración Central y la Lotería de Bogotá, negociación directa que, consecuencialmente hace innecesaria la intervención de cualquier intermediario...".

"Por virtud de los hechos expresados en el hecho anterior y en otros de esa misma demanda, la propia Lotería de Bogotá se ha colocado en imposibilidad de cumplir la obligación emanada del acto de adjudicación de la licitación privada, consistente en el perfeccionamiento y consiguiente ejecución del contrato que suscribió con mi mandante para la comisión de venta de varios pisos del edificio de propiedad de la primera, lo cual se traduce en grave daño para el primero" (folio 5).

Y en la fundamentación jurídica, la demandante expresa:

"...En síntesis, con la actuación administrativa que se deja descrita **quedó formalizada la adjudicación de la licitación privada** y, por ende, quedó configurado materialmente el acuerdo entre el licitante seleccionado y la Lotería de Bogotá, toda vez que se concretó y expresó la voluntad de los dos extremos personales de la relación sobre el objeto y condiciones fundamentales de la misma. El paso siguiente era el de revestir el acuerdo de voluntades o el vínculo creado, de las formalidades propias del contrato, según las leyes y los reglamentos, pues su celebración ya no puede ser facultativa para la entidad contratante por la preexistencia de una vinculación jurídica incuestionable, derivada de la adjudicación y de su comunicación" (Subrayas de la demanda).

A continuación el mismo demandante hace suyas unas palabras del profesor Sayaguez Lasso en el sentido de que, "la licitación es un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, que tiene por objeto determinar la oferta y del cual surge un vínculo contractual al finalizar el procedimiento con la resolución de adjudicación notificada al interesado" (Tratado de Derecho Administrativo-Montevideo 1953, Tomo I, pág. 555).

En síntesis, en los planteamientos de la demanda se contempla la suscripción del contrato 008 de 1983 sobre comisión; el cumplimiento de éste por parte de la sociedad demandante y el incumplimiento por parte de la Lotería; la obligación emanada del acto de adjudicación de la licitación privada; la configuración material de un acuerdo entre el licitante seleccionado y la Lotería de Bogotá, y la existencia de un vínculo contractual surgido de la licitación.

A su turno, la sentencia suplicada deduce, de las mismas circunstancias esgrimidas por el actor (adjudicación de la licitación, existencia de un vínculo, surgimiento de obligaciones entre las partes, incumplimiento de la Lotería, etc.), la responsabilidad de la entidad distrital, derivada del desconocimiento del convenio que sobre comisión habían estructurado las partes.

La apreciación anterior está respaldada con el siguiente aparte de la providencia recurrida:

"Lo precedente permite afirmar que en el caso sub judice al suscribir las partes la minuta del contrato de comisión (especie del género mandato comercial) luego de su adjudicación, nació a la vida jurídica un convenio de tipo comercial, sometido, en principio al derecho privado. Convenio que al suscribirse por las partes impuso obligaciones de hacer (cumplir los requisitos de su perfeccionamiento) y cuyo incumplimiento comprometió la responsabilidad convencional de la parte incumplida frente a la que cumplió".

"En la contratación pública, la suscripción del contrato administrativo luego de su adjudicación, crea obligaciones y derechos para las partes. Tan cierto es esto

que el acto mismo de adjudicación ya notificado es irrevocable y hace responsables a las partes de su retracción...".

En las condiciones anteriores no puede concluirse en la violación de los principios de congruencia y de justicia rogada, porque la providencia recurrida se fundamentó en consideraciones, causales y cargos expuestos en el libelo, tales como la existencia del convenio, el incumplimiento de él por parte de la Lotería y la ocurrencia de perjuicios derivada de tal circunstancia.

Ahora, si se pensara que los términos del pedimento de la demanda no coinciden exactamente con los de la parte resolutiva de la sentencia suplicada, o que no corresponden en cuanto a su extensión a las inquietudes planteadas en el contexto del libelo, tampoco se daría la violación de los principios de congruencia y de justicia rogada, pues tanto los unos como los otros conducen a satisfacer las pretensiones del demandante y se refieren a la misma situación fáctica expuesta por el actor.

De conformidad con la misma jurisprudencia citada como violada en el recurso, "aunque el principio de la congruencia es básico en los pronunciamientos de los tribunales de justicia rogada, como son los estrados de lo contencioso administrativo, no significa el que sea preciso que las palabras usadas por el demandante sean exactamente los vocablos que use el sentenciador en un caso dado; siempre que las ideas y comprensión de los fenómenos de uno y otro texto, sean significativamente armónicos, no implica incongruencia. Si el sentenciador contesta los planteamientos del demandante pasando por unos esquemas que quizá varíen en su enunciado, en el léxico, pero manteniendo sus sentidos y sus significados, no puede decirse que exista falta al principio de la congruencia...". (Sentencia N° 366 de 5 de diciembre de 1985, Consejero Ponente Dr. Alvaro Lecompte Luna).

La otra jurisprudencia considerada como transgredida por la recurrente es la contenida en la sentencia N° 191 de 29 de marzo de 1989 con ponencia de la Consejera Dra. Clara Forero de Castro. Esta providencia se refiere a un punto no debatido en esta instancia cual es el relativo a la necesidad de expresar en la demanda las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación como condición jurídica para la prosperidad de la acción.

Allí se dice:

"El Consejo no está autorizado para escoger, de su cuenta, las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso, sustituyéndose así el deber procesal del demandante, porque esta acción no es pública ni es oficiosa.... La facultad discrecional que asiste al demandante en "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación", que es una de las formalidades que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, está jurídicamente condicionada, para la prosperidad de la acción, a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de

ellas exponga el actor, porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones en su recto sentido, no podría ella fundarse en consideración de textos que no sean atinentes, o cuya interpretación y aplicación estén atribuidos por la ley a otra competencia, ni en ninguna norma que no haya sido expresa y precisamente citada en la demanda por no se (sic) oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción".

En la precitada sentencia se toca también el tema de la violación de la jurisprudencia contenida en las sentencias del 26 de julio de 1963 y 26 de enero de 1949 porque el juzgador se apartó del planteamiento hecho en la demanda, circunstancia que como ha quedado expuesto, no se da en el caso de autos.

Segundo cargo. Este lo hace consistir la recurrente en haberse condenado, mediante la sentencia, a indemnizar un daño eventual. Cita al respecto los siguientes apartes de la providencia impugnada:

"Es lógico pensar que ese incumplimiento le da derecho al lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectiva y realmente dejadas de obtener, por habérsele impedido la ejecución del contrato que no llegó a perfeccionarse...".

"...Para determinar el monto de la indemnización a cargo de la Lotería de Bogotá, se tendrá en cuenta el valor de las comisiones que la sociedad demandante hubiese recibido si el contrato se hubiera ejecutado;...".

Sostiene la demanda que no se trata de un daño cierto sino eventual. La sociedad inmobiliaria podía o no vender los pisos. Tanto es así que optó por la vía de la indemnización y no la ejecución por obligación de hacer, o mejor de suscribir un documento.

El recurso, en este aspecto, cita como violada la sentencia de marzo 14 de 1984. Indagando los datos complementarios, entre otros, los de Relatoría, resulta ser la proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. 10768, Ponente, Dr. Joaquín Vanín Tello, en la que se estudia un caso de responsabilidad del Estado, y mediante la cual se condena a la Nación por falla del servicio.

Efectivamente, la providencia referida señala los elementos axiológicos que configuran la responsabilidad del Estado y la consiguiente obligación de indemnizar los prejuicios, frente a la falla del servicio, acción desde luego diferente a la interpuesta en el caso que nos ocupa, donde lo que se pretende es la indemnización por incumplimiento de un acuerdo de voluntades.

Como tampoco indica en este aspecto la suplicante la sentencia de la Sala Plena que contenga los argumentos que esgrime, no hay entonces términos de comparación con la providencia recurrida que permitan concluir en la violación de jurisprudencia alguna sentada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Con-

sejo de Estado. Se ocupa la recurrente, ante todo, de citar jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Sección Tercera del Consejo de Estado, las que al tenor del artículo 130 del C.C.A., en armonía con doctrina de esta Corporación, no sirven de fundamento del recurso extraordinario de súplica.

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

FALLA:

NO PROSPERA el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la apoderada de la Lotería de Bogotá, contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 1991, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente a la sección de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión celebrada el día 9 de agosto de 1993.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Dolly Pedraza de Arenas,* Salvo de Voto*; Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquin Barreto Ruiz, Alejandro Bula Ordosgoitia,* Conjuez Ausente;*Javier Díaz Bueno, Conjuez Aclaro el voto; Miguel González Rodríguez,* aclaro voto*; Delio Gómez Villa, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna*, aclaro voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora,*con aclaración de voto*; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Miguel Viana Patiño*, Ausente; *Diego Younes Moreno.*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/LICITACION PRIVADA. Naturaleza/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS** (Aclaración de Voto)

El compromiso unilateral, ingerido de la adjudicación de una licitación privada, no puede equipararse a obligación convencional.

Los supuestos perjuicios del incumplimiento de la adjudicación de una licitación, no se derivan de la transgresión de un contrato, sino de la obligatoriedad unilateral y previa adquirida por la entidad que efectúa la licitación, mediante un acto jurídico unilateral.

Respetuosamente me permito exponer los argumentos aclaratorios de mi voto a la providencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el proceso de la referencia.

Aún cuando comparto la conclusión a que llega la providencia sobre la falta de transgresión de los principios de congruencia y de justicia rogada, cuya interpretación está magistralmente plasmada en la providencia N° 366 del 5 de diciembre de 1985, del H. Consejero Dr. Alvaro Lecompte Luna, discrepo respetuosamente de la afirmación contenida en la providencia sobre existencia de "un vínculo contractual surgido de la licitación" o de la "existencia" de un "convenio", incumplido "por parte de la Lotería y la ocurrencia de perjuicios **derivados de tal circunstancia**". (El subrayado es mío).

De acuerdo a la definición de Savigny, contrato "es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas".

En el mismo sentido de pluralidad de voluntades, están las definiciones de Pothier, reproducida por el Código Civil Francés, de Joaquín Escriche y de Aubry y Rau.

En síntesis, el contrato es un acuerdo plural de voluntades, legalmente manifestado con la intención de crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

En tales condiciones, considero que el compromiso unilateral, inferido de la adjudicación de una licitación privada, no pude equipararse a obligación convencional.

La obligatoriedad previa de una entidad cuando efectúa una licitación, por su carácter unilateral, no comparte las características de un convenio, que indefectiblemente debe comprometer dos o más voluntades.

Por ello, los supuestos perjuicios del incumplimiento de la adjudicación de una licitación, no se derivan de la transgresión de un contrato, sino de la obligatoriedad unilateral y previa adquirida por la entidad que efectúa la licitación, mediante un acto jurídico unilateral.

De ese incumplimiento indudablemente surgen unos perjuicios indemnizables, pero de diferente linaje a una violación contractual.

En este sentido hago la aclaración de mi voto, no sin antes manifestar mi respetuosa admiración y consideración con los argumentos de la providencia mayoritariamente adoptada.

Javier Díaz Bueno, Conjuez

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO/CONTRATO ADMINISTRATIVO-Incumplimiento/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS** (Aclaración de Voto).

No existiendo contrato perfeccionado, como lo hubo en este caso, no puede condenarse al pago del precio que figuró en el proyecto de contrato, según el pliego de condiciones, a título de indemnización de perjuicios por un presunto incumplimiento contractual.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO: DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Referenica: Expediente N° S-186. Actor: *Alberto Corredor y Cía Ltda.*

El motivo de mi aclaración de voto es el de señalar que en casos como el presente, no es posible hablar del incumplimiento de obligaciones surgidas de un acuerdo de voluntades o de un convenio jurídico celebrado entre administración y sociedad demandante, y de la consiguiente condena a la indemnización de perjuicios por ello que se traduzca, entonces como en este proceso, en el pago del precio o valor del contrato, en este caso, el monto de la comisión que figura en el contrato no perfeccionado.

Y, no es posible ello desde el punto de vista estrictamente jurídico, por cuanto no existiendo contrato perfeccionado, como no lo hubo en este caso, no puede condenarse al pago del precio que figuró en el proyecto de contrato, según el pliego de condiciones, a título de indemnización de perjuicios por un presunto incumplimiento contractual.

El resarcimiento de perjuicios en estos eventos en que no llegó a existir el contrato perfeccionado, por cuanto un organismo de la Administración se opuso a ello con argumentos no valederos, entonces, debe buscarse a través de la acción de reparación directa teniendo la conducta omisiva de ese organismo de darle viabilidad a la prenegociación, como un hecho administrativo que compromete la responsabilidad estatal y gobernándose ella por los elementos axiológicos que la configuran.

Miguel González Rodríguez

Fecha ut supra

RESPOSABILIDAD CONTRACTUAL - Improcedencia/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS**- Improcedencia (Aclaración de Voto)

No habiéndose celebrado contrato entre la Lotería de Bogotá, y la sociedad, no puede hablarse, ciertamente, de que el contrato haya sido la fuente de la obligación en el caso *sub judice*; en verdad, se estuvo en presencia de una etapa precontractual, a la que los civilistas, llaman "oferta", dado que la primera persona indicada dirigió una declaración unilateral de voluntad de celebrar un futuro contrato al escoger a la segunda como eventual contratante, mas el contrato propiamente dicho jamas se celebró. Por lo tanto, los efectos jurídicos han de ser diferentes.

Aunque el suscrito está concorde con la decisión en el sentido de que no tiene prosperidad el recurso extraordinario de súplica porque, evidentemente, el proveído del 4 de marzo de 1991 de la Sección Tercera de la Corporación no desconoce la Jurisprudencia de la Sala Plena que se invoca, con profundo respeto hacia la mayoría se aparta de algunos de los criterios expresados en las consideraciones. De esta suerte, se tiene:

a) En uno de los párrafos que analizan el primer párrafo dice:

"Así las cosas, al parecer de la Sala, el cargo, según la sentencia desconoce el principio de congruencia, no puede servir de sustento al recurso interpuesto, ya que la impugnación hecha por el recurrente, o mejor, la vulneración de dicho principio, sería un motivo de violación de la ley, concretamente de los artículos 305 el C.de P.C. y 170 del C.C.A.; y no de transgresión de jurisprudencia de la Sala Plena, fundamento entre sí, del recurso extraordinario de súplica".

Pues bien: tal afirmación estaría revestida del sello de la certidumbre si no hubiera jurisprudencia de la Sala Plena acerca de este principio de orden procesal que debe presidir la dictación de las sentencias tanto por parte de la jurisdicción ordinaria en lo privado como en la jurisdicción contencioso-administrativa. Mas esa jurispru-

dencia sí existe, como lo es la que cita el recurrente, o sea la sentada en el expediente S-036 de 5 de diciembre de 1988, actor: Julio César Ocampo Jaramillo, acogida que fue una ponencia del suscrito al respecto. Allí se dijo, entre otras cosas, que "el principio de la congruencia es básico en los pronunciamientos de los tribunales de justicia rogada, como lo son los estrados de lo contencioso-administrativo ni significa él que sea preciso que las palabras usadas por el demandante sean exactamente los vocablos que use el sentenciador en un caso determinado siempre que las ideas y la comprensión de los fenómenos en uno y otro texto, sean significativamente armónicos... Si el sentenciador contesta los planteamientos del demandante pasando por unos esquemas que quizá varíen en su enunciación en el léxico, pero manteniendo sus sentidos y sus significados, no puede decirse que exista falta al principio de la congruencia... Lo que prohíbe éste es el fallo ultra petita o extra petita, no una diferencia de vocablos que ejerza una mejor comprensión acerca de las aspiraciones del demandante, según lo que resulte probado o demostrado a lo largo del proceso....".

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia que obró en el expediente N° R-037, actor: Likes Brooks Steamship Inc., cuya ponente fue la doctora Clara Forero de Castro.

Y a ello no se opone la aplicación de otro principio: "**jura novit curia**"según el cual el juez, por conocer el derecho, puede y debe aplicarlo al caso controvertido aunque no haya sido alegado por quienes acuden a él en busca de Justicia.

Por ello está concorde al suscrito en que no prospere este primer cargo.

b) En lo demás, el suscrito, con la venia de sus respectivos autores, va hacia las aclaraciones de voto del consejero Dr. Miguel González Rodríguez y del distinguido señor conjuez Dr. Javier Díaz Bueno. Porque no habiéndose celebrado contrato entre la Lotería de Bogotá y la sociedad Alberto Corredor y Cía. Ltda., no puede hablarse, ciertamente, de que el contrato haya sido la fuente de la obligación en el caso *sub-judice*; en verdad, se estuvo en presencia de una etapa precontractual, a la que los civilistas llaman "oferta", dado que la primera persona indicada dirigió una declaración unilateral de voluntad de celebrar un futuro contrato al escoger a la segunda como eventual contratante, mas el contrato propiamente dicho jamás se celebró. Por lo tanto, los efectos jurídicos han de ser diferentes, como con tanto acierto lo anotan quienes también aclaran su voto en este asunto.

Son, pues, suficientes las precedentes glosas para plasmar el pensamiento del suscrito.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna

Fecha ut supra

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Aclaración de Voto)

Es claro que la Lotería de Bogotá incumplió los pasos que tenía que dar para la plena legalización del convenio; y en cuanto esa conducta le generó perjuicios a la sociedad demandante, era dable la condena por la indemnización correspondiente.

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala en este asunto, considero conveniente aclarar de manera breve que en mi sentir la sentencia del. 4 de marzo de 1991, proferida por la Sección Tercera de la Corporación con ponencia del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, objeto del recurso extraordinario en este evento, contiene un enfoque que me parece juicioso y razonable en lo que hace con los acuerdos o convenios celebrados entre la Administración y los particulares, que técnicamente no puedan tenerse o aceptarse como contratos por no haberse podido perfeccionar íntegramente.

De suyo, en esta clase de situaciones, como lo dice esa sentencia (Fl. 371), "no es posible desconocer que en dicha hipótesis se da algo más que un simple hecho, que constituye una relación jurídico-bilateral, un auténtico convenio creador de obligaciones."

En ese orden de ideas, es claro que la Lotería de Bogotá incumplió los pasos que tenía que dar para la plena legalización del convenio; y en cuanto esa conducta le generó perjuicios a la sociedad demandante, era dable la condena por la indemnización correspondiente.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Salvamento de Voto)

La doctrina de la sentencia recurrida, en mi sentir, sí contraría de la sentencia de Sala Plena de 5 de diciembre de 1988, invocada por el recurrente, según la cual no la exactitud de los vocablos que utilice el fallador, sino la armonía en las ideas y la comprensión de los fenómenos, lo que determina la congruencia de la sentencia con el libelo demandatorio.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria de la Sala, por que considero que el recurso extraordinario interpuesto debió prosperar, debido a que la doctrina de la sentencia recurrida, en mi sentir, sí contraria la sentencia de Sala Plena de 5 de diciembre de 1988, invocada por el recurrente, según la cual no es la exactitud de los vocablos que utilice el fallador, sino la armonía en las ideas y la comprensión de los fenómenos, lo que determina la congruencia de la sentencia con el libelo demandatorio.

En el caso que se decidió es evidente que el demandante pidió se condenara a la entidad pública por haber omitido los requisitos que le incumbían para el perfeccionamiento del contrato, y el fallador lo condenó por el incumplimiento de las obligaciones surgidas de él, como si se hubiese perfeccionado, con lo cual se le dio un entendimiento distinto al fenómeno planteado por el demandante y se excedió el petitum del libelo, con la consecuencia lógica de que los perjuicios que debe resarcir la demanda son más gravosos, porque no es lo mismo el perjuicio que puede irrogarse por el no perfeccionamiento de un contrato que el que se infiere por el incumplimiento de las obligaciones surgidas de él. El no perfeccionamiento cuando más implicaría la retribución de todos los gastos efectivamente causados, mientras que el incumplimiento sí puede dar lugar al pago del precio del contrato, como fue ordenado en la sentencia impugnada.

Lo anterior significa que habiéndose contrariado la jurisprudencia de la Corporación sobre lo que debe ser el principio de la congruencia, la sentencia debió ser infirmada.

Dolly Pedraza de Arenas

CONGRESISTA /PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales **/INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS/SENTENCIA PENAL**

Cuando se trata de indebida destinación de dineros públicos, la causal requiere de previa sentencia penal condenatoria ejecutoriada o en firme, trasladada al Consejo de Estado en pleno por la autoridad respectiva; o conformación de la decisión y comprobación del hecho, si es la Mesa Directiva de alguna de la Cámaras la que solicite al Consejo de Estado la declaratoria de perdida de investidura del Congresista. En concordancia con lo anterior, el artículo 301 de la misma Ley 5ª de 1992, al referirse a la solicitud de pérdida de investidura, formulada por cualquier ciudadano, establece que dicha solicitud deberá estar acompañada de las pruebas que así lo ameriten, en las condiciones legales, y si ello no fuera posible de demostraciones sumarias sobre la causal invocada.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente N° AC-742. Asuntos Constitucionales. Actor: *Pedro Antonio Rodríguez Rubiano*

Le corresponde a la Sala resolver el recurso de súplica interpuesto por la Procuradora Quinta Delegada, en el negocio de la referencia contra el auto de 4 de mayo de 1993, mediante el cual el Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez en Sala Unitaria resuelve "INADMITIR la demanda presentada por el ciudadano PEDRO ANTONIO RODRIGUEZ RUBIANO, tendiente a obtener la declaratoria de pérdida de la investidura que como Senador de la República ostenta el doctor Andrés Pastrana Arango elegido para el período constitucional de diciembre de 1991 a julio de 1994".

EL AUTO IMPUGNADO

Como ya se expresó mediante el auto suplicado se inadmite la demanda. Para tomar tal determinación, argumenta el distinguido Consejero que si bien el libelo "reúne los requisitos formales previstos en el artículo 137 del C.C.A. , en el caso concreto se observa que el parágrafo 2° del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992 ha previsto un requisito especial para la solicitud de pérdida de investidura cuando se fundamenta en la causal de indebida destinación de dineros públicos, consistente en que en ese caso "se requerirá previa sentencia penal condenatoria", requisito que viene a constituirse en un presupuesto especial de la demanda, del cual depende que el Consejo de Estado tenga realmente jurisdicción sobre el caso, pues mientras aquella sentencia no se produzca, la jurisdicción pertenece al juez penal correspondiente".

Habida consideración de "que los hechos de la demanda se limitan a que el doctor Andrés Pastrana Arango se halla implicado en un proceso penal que cursa ante la Corte Suprema de Justicia en donde se señala como autor, de ilícitos relacionados con el uso indebido de dineros públicos por la indebida celebración de contratos en la represa del Guavio cuando se desempeñaba como Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá ..., para la Sala Unitaria es claro que cualquier pronunciamiento sobre pérdida de investidura del citado Senador está condicionado a la decisión que se adopte dentro del proceso penal mencionado por el solicitante, por lo cual, de acuerdo con la norma legal anteriormente citada, el proceso contencioso administrativo que pretende iniciarse carece de objeto y de fundamentos actuales...".

EL RECURSO DE SUPLICA

Lo interpone la Procuradora Delegada en el negocio de la referencia con fundamento en las razones de inconformidad que a continuación se sintetizan:

No considera la precipitada funcionaria que cuando se invoca la causal de indebida destinación de los dineros públicos, sea menester que el libelista allegue copia de la respectiva sentencia condenatoria, como parece insinuarlo la providencia recurrida y que se rechace de plano la solicitud por no adjuntarse la misma, sin practicar las pruebas conducentes a obtener los elementos de juicio para establecer si se cumplieron los elementos fácticos de la causal invocada.

Apoyada en las enseñanzas del tratadista y Consejero de Estado Dr. Carlos Betancur Jaramillo (Derecho Procesal Administrativo), estima la recurrente que la demanda resultaría admisible, en primer lugar, por ajustarse a las exigencias legales, y en segundo lugar, en relación con los anexos, porque considera que no es presupuesto procesal que el demandante allegue copia de la sentencia condenatoria.

La facultad de "investigar y juzgar a los miembros del Congreso por hechos punibles que se les imputen atribuida a la Corte Suprema de justicia en el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Nacional, es asunto diferente a la facultad de

decretar la pérdida de su investidura conferida al Consejo de Estado en el artículo 184 del mismo Estatuto. La circunstancia anterior indica que cada una de estas Corporaciones tienen jurisdicción para conocer de sus respectivos asuntos, en forma independiente sin condicionamientos".

No puede concluirse que la jurisdicción del Consejo de Estado en el asunto sub lite esté sometida a que exista "... previa sentencia penal condenatoria", pues la misma emana del artículo 184 de la carta, y existe con sentencia o sin sentencia penal, otra cosa es que en el evento de que ésta no se dé, la petición de desinvestidura no tenga vocación de prosperidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo por decisión mayoritaria, ha considerado procedente el trámite de la solicitud de pérdida de investidura de los congresistas.

La Sala estima que el auto recorrido debe ser confirmado por las siguientes razones:

El artículo 184 de la Constitución Nacional donde se consagra la nueva figura de la pérdida de investidura de los congresistas, es del siguiente tenor:

> "La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano".

El artículo 304 de la Ley 5ª de 1992, en su último inciso, dispone:

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

Ante la ausencia de la ley y el procedimiento especial a los que alude la norma pretranscrita, y siguiendo el criterio mayoritario de la Sala, debe aplicarse el procedimiento ordinario contemplado en el Código Contencioso Administrativo a la luz de lo dispuesto en su artículo 206 el que en lo pertinente dice:

> "Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial".

Las causales, por las que los congresistas pueden perder su investidura se hallan enlistadas en artículo 183 de la Constitución Nacional, así :

> "1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

"2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis sesiones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.

"3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o en la fecha en que fueron llamados a posesionarse.

"4. Por indebida destinación de dineros públicos.

"5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

Las mismas causales están sintetizadas en el artículo 296 de la Ley 5ª de 1992.

La causal que se invoca en el caso de autos es la distinguida en el numeral 4o., es decir "Por indebida destinación de dineros públicos ", y está contemplada en el artículo 297 de la Ley 5ª de 1992, que a la letra dice así:

"Art. 297. Causales de previo pronunciamiento judicial. Cuando las causales indicadas para pérdida de la investidura correspondan por indebida destinación de dineros públicos o tráfico de influencias debidamente comprobadas, la autoridad respectiva dará traslado de la sentencia ejecutoriada o en firme al Consejo de Estado en pleno, para que en los términos y condiciones legales sea declarada judicialmente.

"Si el informe llegare a las Cámaras legislativas, o por cualquier medio tuviere conocimiento del proceso adelantado en tal sentido, los Secretarios Generales solicitarán confirmación de la decisión emanada de la autoridad correspondiente y allegarán la documentación pertinente para la Comisión de Etica y Estatuto del Congresista.

"Si ello finalmente fuere comprobado, la Mesa Directiva de la respectiva Cámara solicitará de inmediato al Consejo de Estado la declaratoria de pérdida de la investidura del Congresista ".

En concordancia con lo anterior el parágrafo 2° del artículo 296 ordena que: "Para proceder en los ordinales 4 y 5 de este artículo se requerirá previa sentencia penal condenatoria".

De lo consignado se desprende que cuando se trata de indebida destinación de dineros públicos, la causal requiere de previa sentencia penal condenatoria ejecutoriada o en firme, trasladada al Consejo de Estado en pleno por la autoridad respectiva; o confirmación de la decisión y comprobación del hecho, si es la Mesa Directiva de alguna de las Cámaras la que solicita al Consejo de Estado la declaratoria de pérdida de investidura del Congresista.

En concordancia con lo anterior, el artículo 301 de la misma Ley 5ª, de 1992, al referirse a la solicitud de pérdida de la investidura, formulada por cualquier ciudadano, establece que dicha solicitud deberá estar acomopañada de las pruebas que así lo ameriten, en las condiciones legales, y si ello no fuera posible de demostraciones sumarias sobre la causal invocada.

La exigencia de una sentencia penal condenatoria, o de la confirmación de la decisión o de las pruebas de que así lo ameriten, según el caso, para que la causal "indebida destinación de dineros públicos" se estructure, se halla en consonancia con su naturaleza de carácter penal, con las repercusiones jurídico políticas de la pérdida de la investidura de un Congresista y con el régimen especial que debe gobernarla.

Debe entender la Sala que la causal "indebida destinación de dineros públicos", aquí convocada es de carácter penal la cual podría estar ubicada en el Código de la materia, concretamente en el Capítulo IV "De la celebración indebida de contratos", artículos 144 145 y 146.

El solicitante de la declaratoria de pérdida de la investidura, dice en su escrito que "El Dr. Andrés Pastrana Arango se halla implicado en un proceso penal que cursa ante la Corte Suprema de Justicia en donde se señala como autor de ilícitos relacionados con el uso indebido de dineros públicos por la indebida celebración de contratos la Represa del Guavio cuando se desempeño como Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá situación que debe ser investigada por esa alta Corporación y valorado como medio de prueba para establecer la existencia de la causal alegada".

Así las cosas, tal como lo reconoce el mismo actor, la situación debe ser investigada por la Corte Suprema de Justicia, "y valorada como medio de prueba **para establecer la existencia de la causa alegada**" (Subrayas de la Sala).

Al Consejo de Estado, según los términos de la Constitución (art. 184) y de la ley 5ª de 1992 (arts. 297, 299 y 304), le corresponde declarar judicialmente la pérdida de la investidura, con base en las pruebas concretas y suficientes que les remitan las autoridades correspondientes o los ciudadanos solicitantes. Es ésta una función diferente e independiente a la de allegar pruebas tendientes a la estructuración de la causal que se allegue. No puede el Consejo de Estado sustituir al Juez Penal, en este caso la Corte Suprema de Justicia en la calificación de los hechos y en la determinación de la responsabilidad penal. La misma recurrente acertadamente observa que la facultad que la Carta Fundamental en su artículo 235 numeral 3o. atribuye a la Corte Suprema de Justicia, para investigar y juzgar a los miembros del Congreso por hechos punibles que se le imputen y la que la misma Constitución es su regla 184 confiere al Consejo de Estado para decretar la pérdida de su investidura, "son dos asuntos distintos, asignados a diferentes funcionarios especializados, cada uno de los cuales tiene jurisdicción para conocer de los mismos, en forma independiente sin condicionamiento".

Si el Consejo de Estado en ejercicio de su función de declarar judicialmente la pérdida de la investidura del Senador Pastrana, en atención a lo solicitado por el actor se diera a las tareas de investigar y evaluar el proceso de contratación y destinación de dineros en relación con la construcción de la Represa del Guavio durante la administración del exalcalde; de calificar las investigaciones disciplinarias originadas en la Procuraduría a raíz de tal proceso, y de sopesar los cargos que al citado Senador con tal motivo pudieran formularle los testigos, usurparía la jurisdicción del Juez Penal y se estaría juzgando al inculpado dos veces por los mismos hechos.

Las consideraciones anteriores, la naturaleza de la causal en esta oportunidad invocada, la filosofía que inspira la figura de la pérdida de investidura de un congresista, el régimen especial que debe gobernarla y hasta el brevísimo término que otorga la Constitución Nacional para decretarla, conduce a pensar que en casos como el sometido ahora a consideración de la Sala, la existencia y el aporte de la sentencia penal condenatoria es un presupuesto de la demanda, tal como lo ha estimado el Consejero Ponente en el auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE;

CONFIRMAR la providencia suplicada.

COPIESE, NOTIFIQUESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 31 de agosto de 1993.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, salvo voto*; Dolly Pedraza de Arenas, Jaime Abella Zárate,* con aclaración de voto*; Ernesto Rafael Ariza Múñoz,*aclaro voto*; Joaquín Barreto Ruíz, Aclaró Voto, Carlos Betancur Jaramillo, Aclaro Voto, Miren de la Lombana de M.,* Ausente*; Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez,*aclaro voto; *Amado Gutiérrez Velásquez,* Ausente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía,* salvó voto*; Alvaro Lecompte Luna,* salvó voto; *Juan de Dios Montes H.Salvo Voto, Carlos Arturo Orjuela G., Yesid Rojas Serrano,* Salvo Voto; *Consuelo Sarria Olcos,* Salvó Voto, *Daniel Suárez Hernández,*Salvo Voto; *Julio César Uribe Acosta,Ausente; Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto de la Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS es el siguiente: Con todo respeto, me aparto de la decisión que antecede, toda vez que, a mi juicio, no es posible establecer por jurisprudencia requisitos de admisibilidad de una demanda que concreta el ejercicio de una acción pública. Considero que la demanda ha debido aceptarse y si se encontraba en curso un proceso penal en relación con la causal invocada para solicitar la perdida de investidura, es cuestión que daría origen a una suspensión del proceso por prejudicialidad.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS** (Aclaración de Voto)

Cuando se trata de la causal 4ª de el artículo 183 C.P. de indebida destinación de dineros públicos, ya la Ley 5ª/92 exigió como condición indispensable la previa sentencia condenatoria, la cual según el artículo 297 puede llegar al Consejo de Estado ("para que en los términos y condiciones legales sea declarada judicialmente", la pérdida de investidura) por traslado directo de la autoridad respectiva (C.S.J.) o de mesa directiva de la respectiva Cámara.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ABELLA ZAPATE

Referencia: Expediente N° AC-742. Actor: *Pedro Antonio Rodríguez Rubiano*. Providencia del 3 de septiembre/93. Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

La obligación de rango constitucional (art. 184) ratificada por el legislador (Ley 5ª / 92 art. 304) consistente en que el procedimiento judicial especial de pérdida de investidura de los congresista debe surtirlo el Consejo de Estado en veinte días hábiles, no permite aplicar la mecánica de corrección rechazo o traslado prevista en el art. 143 del C.C.A. para las demandas en el juicio ordinario contencioso administrativo.

Cuando se trata de la causal 4a. del artículo 183 C.P. de indebida destinación de dineros públicos, ya la Ley 5ª /92 exigió como condición indispensable la previa sentencia condenatoria, la cual según el art. 297 puede llegar al Consejo de Estado ("para que en los términos y condiciones legales sea declarada judicialmente", la pérdida de investidura) por dos vías allí señaladas: por traslado directo de la autoridad respectiva (C.S.J.) o de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara.

Esta misma condición viene a ser necesaria cuando la solicitud proviene de cualquier ciudadano la cual deberá estar acompañada de las pruebas que así lo ameriten "en las condiciones legales" y la existencia de la sentencia condenatoria es, según la anterior, la condición legal para poder aceptarla.

Sigo creyendo que no es con el procedimiento ordinario ni con aplicación de las normas y jurisprudencia sobre figuras como la "demanda en forma" o la "suspención por prejudicialidad" que puede manejarse procesalmente asunto tan especial como éste, que se supone debe llegar al Consejo de Estado en condiciones de decidir en el término de veinte días ordenado por la Constitución.

Jaime Abella Zárate

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre 15 de 1993.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA/Causales/**INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS/TRANSITO DE LEGISLACION** (Aclaración de Voto)

Por mandato expreso del parágrafo 2° del artículo 296 de la referida Ley 5ª es requisito *sine qua non* para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento, que se allegue copia auténtica de la correspondiente sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada. Situación diferente es la de las solicitudes presentadas con anterioridad a dicha norma, evento en el cual por no existir norma jurídica que así lo exigiera al momento de la solicitud, no puede exigirse la existencia de una sentencia condenatoria como requisito de procedibilidad de las solicitud formulada con base en una de tales causales.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., septiembre veintidos (22) de mil novecientos noventa y tres (1993).

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JUAQUIN BARRETO RUIZ

Referencia: Expediente N° AC-742. Asuntos Constitucionales. Actor: *Pedro Antonio Rodríguez Rubiano.*

Aunque comparto la decisión adoptada en el presente caso, he considerado oportuno aclarar mi voto para precisar mi opinión respecto a las solicitudes de desinvestidura de Congresistas, formuladas con posterioridad a la vigencia de la ley 5a. de 1992 y fundamentadas en hechos que se enmarcan en las causales previstas en los ordinales 4° o 5° del artículo 296.

En circunstancias como las anotadas, a mi juicio, por mandato expreso del parágrafo 2° del artículo 296, de la referida Ley 5ª, es requisito sine qua non para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento que se allegue copia auténtica de la correspondiente sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada.

Situación diferente es la de las solicitudes presentadas con anterioridad a dicha norma, evento en el cual por no existir norma jurídica que así lo exigiera al momento de la solicitud, no puede exigirse la existencia de una sentencia condenatoria como requisito de procedibilidad de la solicitud formulada con base en una de tales causales.

Atentamente.

Joaquín Barreto Ruiz

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Naturaleza/**REGLAMENTO DEL CONGRESO-Inconstitucionalidad/PREJUDICIALIDAD-**Inexistencia (Salvamento de Voto)

La Ley 5ª de 1992 al reglamentar las causales de desinvestidura contempladas en el artículo 183 de la Carta, es ostensiblemente inaplicable, no sólo por violar dicho precepto constitucional, sino porque regula materiales diferentes a la de su enunciado y propósito. Es inconstitucional, entonces, porque no sólo reglamenta una norma de constitución (el artículo 183), sin estar autorizado el legislador para hacerlo, sino porque condiciona o delimita las causales a unos requisitos que no se desprenden explícita o implícitamente de la norma mencionada. La acción de desinvestidura es una acción pública ciudadana, que en ningún caso podrá juzgar penalmente al congresista. En otras palabras, es un simple juicio de responsabilidad política que no tiene nada que ver con el enjuiciamiento penal que puede eventualmente lograrse cuando esos mismos hechos elegados como causal de desinvestidura puedan también configurar un ilícito penal. Las dos clases de enjuiciamiento permiten afirmar que no habrá lugar a sentencias encontradas ni a prejudicialidad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR: CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Referencia: Expediente N° AC-742 Actor: *Pedro Antonio Rodríguez Rubiano.*Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Con todo respeto sintetizo mi discrepancia en los siguientes términos:

a) La Ley 5ª de 1992 al reglamentar las causales de desinvestidura contempladas en el artículo 183 de la carta (artículos 296, parágrafo 2°, 297, 298 y 299) es ostensiblemente inaplicable, no sólo por violar dicho precepto constitucional, sino

porque regula materias diferentes a las de su enunciado y propósito ("Por la cual se expide el reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes" y porque dice contener "las normas reglamentarias sobre reuniones y funcionamiento del Senado, la Cámara de Representantes y el Congreso de la República en pleno").

Es inconstitucional, entonces, porque no sólo reglamenta una norma de constitución (el artículo 183), sin estar autorizado el legislador para hacerlo, sino porque condiciona o delimita las causales a unos requisitos que no se desprenden explícita o implícitamente de la norma mencionada.

Por lo visto, se desconoce el mandato del artículo 158 de la carta.

b) Cuando la Ley 5ª habla de que para asumir la competencia frente a las causales 4a. y 5a. del artículo 183 se exige la sentencia penal condenatoria de la Corte Suprema, está invadiendo una órbita por fuera del contenido de la ley, como es el proceso contencioso administrativo, creando un presupuesto procesal de la demanda de desinvestidura.

c) La acción de desinvestidura es una acción pública ciudadana, que en ningún caso podrá juzgar penalmente al congresista. En otras palabras, es un simple juicio de responsabilidad política que no tiene nada que ver con el enjuiciamieno penal que puede eventualmente lograrse cuando esos mismos hechos alegados como causal de desinvestidura puedan también configurar un ilícito penal (peculado o tráfico de influencias).

Las dos clases de enjuiciamiento permiten afirmar que no habrá lugar a sentencias encontradas ni a prejudicialidad.

d) El Concejo es juez de cognición en todos los procesos de desinvestidura. Y la Ley 5ª, al reglamentar las causales 4 y 5 del 183, lo convierte inconstitucionalmente en juez de ejecución.

e) En mi opinión debió admitirse la solicitud, ya que ni para su admisión ni para su definición se requiere, en la carta, la sentencia penal.

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre 24 de 1993.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento, adhieren los señores Consejeros Doctor GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, Doctor JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ y LUIS EDUARDO JARAMILLO.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Procedimiento /**NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal (Aclaración de Voto)

Mientras el legislador no expida la norma que consagre el procedimiento contencioso-administrativo especial, que la misma ley ha previsto para el trámite y decisión de las solicitudes de pérdida de la investidura de congresista, no es dable darles curso, ya que, de un lado, el mismo legislador ha dispuesto expresamente que deben tramitarse por un procedimiento especial, lo cual constituye garantía del derecho al debido proceso consagrado en la Carta Política, y, por cuanto, de otro lado, el procedimiento ordinario, por mandato de la misma ley procesal es para las contenciones que no tengan señalado un procedimiento especial, y no para aquellas que deben tenerlo por disposición expresa de la misma ley, que permita, además, tramitar y resolver en el término consagrado expresamente en la Constitución.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Referencia: Expediente AC-742. Actor: *Pedro Antonio Rodríguez Rubiano*

He venido separándome, desde el comienzo, del criterio jurisprudencial adoptado por la mayoría de la Sala en casos semejantes, por cuanto he considerado que mientras el legislador no expída la norma que consagre el procedimiento contencioso administrativo especial, que la misma ley ha previsto para el trámite y decisión de las solicitudes de pérdida de la investidura de congresista, no es dable darles curso, ya que, de un lado, el mismo legislador ha dispuesto expresamente que deben tramitarse por un procedimiento especial, lo cual constituye garantía del derecho al debido proceso consagrado en la Carta Política, y, por cuanto, de otro lado, el procedimiento

ordinario, por mandato de la misma ley procesal es para las contenciones que no tengan señalado un procedimiento especial, y no para aquellas que deben tenerlo por disposición expresa de la misma ley, que permita, además, tramitar y resolver en el término consagrado expresamente en la Constitución.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Requisitos/**SANCION PENAL** (Salvamento de Voto)

La Carta Fundamental no señaló ningún requisito para la acción ciudadana de pérdida de investidura de un congresista. Por consiguiente, resulta errado aplicar la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso), para deducir de su texto esa exigencia, cuando en verdad lo que ese ordenamiento parece establecer es que cuando se sindique a un congresista de la comisión de un delito, debe existir sentencia penal condenatoria previa para que prospere dicha solicitud. Más no en los casos en que no se le haga tal imputación.

Si la Ley 5ª de 1992 hiciera esa exigencia como requisito de procedibilidad de la acción ciudadana, no me cabría ninguna duda que resultaría inconstitucional por ese aspecto, en cuanto se estaría ocupando de una materia diferente a la que estaba autorizada para regular.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Al auto dictado el 3 de septiembre de 1993 en el expediente N° AC-742. Asuntos Constitucionales. (Solicitud de pérdida de la investidura como senador de la República del doctor Andrés Pastrana Arango). Santafé de Bogotá, octubre seis (6) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Actor: *Pedro Antonio Rodríguez Rubiano*

Con todo comedimiento me permito sintetizar las razones que me llevaron a disentir de la opinión mayoritaria en relación con este asunto, a saber:

1. La Carta Fundamental no señaló ningún requisito para la acción ciudadana de pérdida de la investidura de un congresisa. Por consiguiente, resulta errado apli-

car la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso), para deducir de su texto esa exigencia, cuando en verdad lo que ese ordenamiento parece establecer es que cuando se sindique a un congresista de la comisión de un delito, debe existir sentencia penal condenatoria previa para que prospere dicha solicitud. Más no en los casos en que no se le haga tal imputación.

2. Si la Ley 5ª de 1992 hiciera esa exigencia como requisito de procedibilidad de la acción ciudadana, no me cabría ninguna duda de que resultaría inconstitucional por ese aspecto, en cuanto se estaría ocupando de una materia diferente de la que estaba autorizada para regular.

3. Considero que según las voces de la propia Ley 5ª de 1992, el C.C.A. y el Reglamento del Concejo de Estado, se requería una votación en favor de la respectiva ponencia, de doce (12) Consejeros, al menos. Como el proyecto del Consejero doctor Yesid Rojas Serrano no obtuvo sino once (11), abrigo serias dudas sobre la aprobación del mismo.

Por lo demás, acojo y coadyuvo en lo esencial los salvamentos suscritos por los Consejeros doctores Carlos Betancur Jaramillo y Daniel Suárez Hernández, cuyo contenido se aproxima a los planteamientos que tuve ocasión de formular ante la Sala Plena.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

PERDIDA DE INVESTIDURA-Naturaleza/**REGLAMENTO DEL CONGRESO**-Inconstitucionalidad/**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/ PERDIDA DE LA INVESTIDURA**-Causales/**INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS** (Salvamento de Voto).

La mayoría entendió que la solicitud de pérdida de investidura debió acampañar sentencia penal ejecutoriada a manera de requisito de procedibilidad de la acción, lo cual no es exigido por la Constitución Nacional. En efecto, las diversas circunstancias que la Carta Política de 1991 considera como motivo suficiente para declarar la pérdida de Investidura, deberán afirmarse y demostrarse dentro del proceso especialísimo, previsto por aquella normativa ante el Consejo de Estado, pero en ningún caso, se repite, ninguna de tales causales deberá acreditarse *ab-initio*. Entonces, lo que la mayoría echó de menos en el *sub lite* no lo requiere la Constitución.

El artículo 297 de la Ley 5ª es tema completamente extraño o exógeno al del reglamento a las Cámaras y por estas razones resulta abiertamente inconstitucional, por lo que la Sala debió inaplicarlo respetando así el precepto contenido en el artículo 4° de la misma, para darle campo a la apertura del trámite correspondiente a la pérdida de la investidura, sin cortapisas, sin restricciones, sin condicionamientos, sin prerrequisitos que no estuvieron en mente del constituyente de 1991.

CONSEJO DE ESTADO - SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Consejero Ponente: *Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Pérdida de la investidura del congresista Doctor Andrés Pastrana Arango. Expediente N° AC-742 . Actor: *Pedro Antonio Rodríguez Rubiano.* Asunto: Pérdida de la investidura del congresista Doctor Andrés Pastrana Arango.

Cordialmente discentí de la mayoría de integrantes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al confirmar el auto suplicado, o sea, el 4 de mayo de 1993, proferido por el señor Consejero Ponente, mediante el cual decidió "INADMITIR" la demanda presentada por el señor PEDRO ANTONIO RODRIGUEZ RUBIANO, tendiente a obtener la declaratoria de pérdida de la investidura que como Senador de la República ostenta el doctor ANDRES PASTRANA ARANGO elegido para el período constitucional de diciembre de 1991 a julio de 1994".

No compartí el proyecto, que en últimas se convirtió en providencia, por lo siguiente:

a) La mayoría entendió que la solicitud de pérdida de investidura debió acompañar sentencia penal ejecutoriada en contra del parlamentario Pastrana Arango, a manera de requisito de procedibilidad de la acción, lo cual no es exigido por la Constitución Nacional. En efecto, las diversas circunstancias que la Carta Política de 1991 considera como motivo suficiente para declarar la pérdida de investidura, deberán afirmarse y demostrarse dentro del proceso especialísimo, previsto por aquella normativa ante el Concejo de Estado, pero en ningún caso, se repite, ninguna de tales causales deberá acreditarse *ab initio*. Entonces, lo que la mayoría echó de menos en el *sub lite* no lo requiere la Constitución.

b) No es cierto, no puede serlo, desde el punto de vista jurídico que el prerrequisito establecido por el artículo 297 de la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso), sobre demostración previa de pronunciamiento por la justicia penal, gobierne el trámite sobre pérdida de la investidura, dado que esta ley no puede requerir la presencia de algo que la Carta Política no exige, a más de que so pretexto de dictarse un reglamento interno de las Cámaras, sean los propios Legisladores quienes eventualmente puedan llegar a ser sujetos pasivos de las determinaciones a que llegue el Consejo de Estado, quienes hagan más gravosa, por sí y ante sí, dicha actuación. Aceptar exegéticamente el contenido del artículo 197 de la Ley 5ª de 1992 es tanto como hacer nugatoria la institución de pérdida de investidura por las causales 4ª y 5ª del artículo 183 del Código Superior. Dicho de otra manera, este artículo 297 de la Ley 5ª es tema completamente extrañó o exógeno al del reglamento a las Cámaras y por estas razones resulta abiertamente inconstitucional, por lo que la Sala debió inaplicarlo respetando así el precepto contenido en el artículo 4° de la misma, para darle campo a la apertura del trámite correspondiente a la pérdida de la investidura, sin cortapisas, sin restricciones, sin condicionamientos, sin prerrequisitos que no estuvieron en mente del constituyente de 1991.

c) Por otra parte, el trámite de pérdida de investidura y la decisión que le ponga fin al mismo, es una institución novísima de carácter constitucional, tendiente a reprimir conductas contrarias a la ética congresional y a la buena imagen de los parlamentarios, de alcance, naturaleza y consecuencias diversas a las del derecho penal. Por consiguiente los dos procesos bien pueden coexistir, esto es sustanciarse simultáneamente y decidirse por separado y de manera autónoma, pues, resulta elemental concluir que el *Thema Decidendum*, es diverso y, por lo mismo tampoco

procederá el fenómeno de la prejudicialidad. En otros términos el Juez Penal verificará y concluirá si se encuentra frente a un hecho punible y aplicará la consecuencia sancionatoria prevista en el Código de las penas, en tanto que el Juez Contencioso Administrativo observará si la conducta enrostrada al Parlamentario como fundamento de la pérdida de sus investidura congresional, efectivamente y de manera objetiva ha tenido ocurrencia o no, para acceder o negar la pretensión correspondiente. El derecho penal no puede prescindir del análisis sicofísico del sujeto y de la conducta. El Juez Contencioso Administrativo solamente se ocupará de la materialidad u objetividad denunciadas.

Lo anterior concluye necesariamente en que debió revocarse el auto suplicado y en su lugar admitirse la demanda sobre pérdida de la investidura del parlamentario ANDRES PASTRANA ARANGO, sin que tal circunstancia implicara adelantarse a la conclusión de que se encontrara o no incurso en la causal denunciada, como ocurre en todo auto iniciador de un proceso.

Cordialmente,

Daniel Suárez Hernández

PERDIDA DE LA INVESTIDURA/CONGRESISTA-Inhabilidades/**EMPLEO DE ELECCION POPULAR/DIPUTADO/RENUNCIA**

Para que se presente la inhabilidad a que se contrae el numeral 8 del art. 179 de la C.P., en concordancia con el numeral 1 con el art. 183 *ibídem*, es indispensable que hubiere sido elegido para más de una Corporación o cargo público o haber sido elegido en dos cargos públicos, o haber sido elegido para una Corporación y un cargo público, siempre y cuando, además, los respectivos períodos coincidan en el tiempo, así fuere parcialmente. Para la Sala el demandado no fue elegido para más de una Corporación, y para períodos coincidentes; tampoco lo fue para dos cargos públicos; ni resultó elegido para una Corporación y un cargo, durante períodos coincidentes en el tiempo, razones por las cuales no prosperan las pretensiones, pues, como claramente reza el art. 134 de la C.P. "las vacancias por faltas absolutas de los congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de la inscripción en la lista correspondiente.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite/**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Mientras el legislador no establezca un ritual especial, deberá imprimirsele a asuntos como este, lo establecido para el procedimiento ordinario, rituado por los arts. 206 y ss. del C.C.A. modificado por los arts. 45 y ss. del Decreto 2304 de 1989.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santafé de Bogotá, D.C., nueve de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente N° AC-659. Actor: *Aroldo Eliécer Guardiola Ibarra.* Pérdida de investidura del representante a la Cámara Dr. Fernando Pisciotti Van-Strahlen.

Procede la Sala a decidir respecto de la petición formulada por el señor AROLDO ELIECER GUARDIOLA IBARRA para que se decrete la pérdida de investidura del representante a la Cámara Doctor FERNANDO PISCIOTTI VANSTRAHLEN, solicitud que fundamenta en los siguientes HECHOS:

"1) El pasado domingo 27 de octubre de 1991 se realizaron en toda la República las elecciones populares para elegir congresistas para el período constitucional comprendido entre el día 1° de diciembre de 1991 al día 19 de julio de 1994, todo conforme a lo ordenado en los artículos 1° a 4° de las Disposiciones Transitorias de la actual Constitución Política de Colombia.-

"2) En dichas selecciones por el Departamento del MAGDALENA, Circunscripción Electoral del mismo nombre, y para elegir CINCO (5) curules de Representantes a la Cámara que corresponden a dicha Circunscripción, se inscribieron en total trece (13) listas de candidatos, que según el "Acta Parcial del Escrutinio de los Votos para Cámara de Representantes" (FORMULARIO E 28) correspondiente, obtuvieron los siguientes votos:

"GUARDIOLA IBARRA AROLDO ELIECER

"Alianza Democrática-M19	12.317 votos
"ORTEGA MARROQUIN GERMAN	
"Unión Cristiana	2.000 votos
"AHUMADA BADO RODRIGO	
"P. Liberal Colombiano	11.592 votos
"OSORIO GARCIA MOISES ANTONIO	
"P. Nal. Cristiano	778 votos
"CALVO SANGUINO EDELBERTO	
"Unión Patriótica	2.834 votos
"DIAZ GRANADOS DAVILA ALFONSO	
"P. Liberal Colombiano	1.658 votos
"SAADE ABDALA SALOMON DE JESUS	
"P. Liberal Colombiano	13.016 votos
"MENDEZ ALZAMORA ALFREDO ENRIQUE	
"Coalición	8.958 votos
"DURAN FERNANDEZ ALEX	
"P. Liberal Colombiano	21.965 votos
"VIVES MENOTTI JUAN CARLOS	
"P. Liberal Colombiano.	31.370 votos
"COTES MEJIA MICAEL SEGUNDO	
"P. Social Conservador	26.904 votos
"PIMIENTA SAMANIEGO DILIA ROSA	
"Partido Socialista de los Trabajadores	308 votos
"POMARICO RAMOS ARMANDO DE JESUS	
"P. Liberal Colombiano	27.913 votos
"TOTAL VOTOS POR CANDIDATOS O LISTAS INSCRITAS.	161.712 votos

"VOTOS EN BLANCO. ..... 11.049 votos
"TOTAL VOTOS VALIDOS ..... 172.761 votos

"VOTOS NULOS Y POR NO INSCRITOS ..... 6.491 votos

"GRAN TOTAL. ..... 179.252 votos

"3) Según el 'acto' que declaró la elección de los cinco (5) Representantes a la Cámara por la Circunscripción electoral del departamento del MAGDALENA, expedido en Santa Marta el día 3 de noviembre de 1991 por los Delegados del H. Consejo Nacional Electoral, y hechas previamente las operaciones aritméticas para obtener el cuociente electoral que fue determinado en 34.552 votos se declararon legalmente elegidos REPRESENTANTES A LA CAMARA por las Circunscripción Electoral del Departamento del MAGDALENA y para el período constitucional de 1991 a 1994, los siguientes candidatos cabezas de sus respectivas listas legalmente inscritas así:

"VIVES MENOTTI JUAN CARLOS..... con.... ..... 31.370 votos
"POMARICO RAMOS ARMANDO DE JESUS.. con.... ..... 27.913 votos
"COTES MEJIA MICAEL SEGUNDO..... con.... ..... 26.904 votos
"DURAN FERNANDEZ ALEX..... con.... ..... 21.965 votos
"SAADE ABDALA SALOMON DE JESUS.... con.... ..... 13.016 votos
"habiéndoseles expedido sus respectivas credenciales, con las cuales los elegidos antes mencionados tomaron posesión de sus cargos como REPRESENTANTES a la CAMARA el día 1° de diciembre de 1992.

"4) El día SABADO SEIS (6) de FEBRERO de 1993 el H. Representante a la Cámara señor ALEX DURAN FERNANDEZ, quien se encontraba en el desempeño de sus funciones parlamentarias, fue asesinado y muerto trágicamente en la ciudad de FUNDACION, en el Departamento del MAGDALENA, en donde fue sepultado en su Cementerio Central y registrada legalmente su defunción en la Notaría de dicho Municipio.

"Su muerte constituyó 'falta absoluta' y se produjo inmediatamente **ese día 6 de febrero de 1993 en que ALEX DURAN FERNANDEZ murió, la VACANCIA en su cargo parlamentria ocurriéndose en ese instante y por mandato del artículo 134 de la Constitución Política, la transferencia automática o novación de la investidura parlamentaria que ostentaba el Representante muerto hacia el señor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, quien era el segundo y último candidato, no elegido, de la lista legalmente inscrita y encabezada por ALEX DURAN FERNANDEZ.**

"El día miércoles diez (10) de febrero de 1993 el señor PRESIDENTE DE LA CAMARA DE REPRESENTANTES, y todos los demás integrantes de la Comisión de la Mesa Directiva de la Cámara reconocieron éste **'hecho' antes expresado y con fundamento en los artículos 134 y 261 de la CONSTITUCION POLITICA**, y sin previa declaración de 'elegido' del señor PISCIOTTI VAN-

STRAHLEN por otra autoridad, procedieron a darle 'posesión' del cargo de miembro de la CAMARA DE REPRESENTANTES, en representación de la Circunscripción Electoral del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA y en reemplazo del H. Representante muerto señor Alex Durán Fernández.- Desde esta fecha - 10 de febrero de 1993- el citado ciudadano FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN ostenta la investidura parlamenteria como Representante a la Cámara en reemplazo de Durán Fernández, y ejerce sus funciones y percibe las remuneraciones que corresponden a todo congresista.

"5) Pero resulta que el citado PISCIOTTI VAN-STRAHLEN no podía ocupar dicho cargo parlamentario por cuanto está "inhabilitado" PARA SER CONGRESISTA, con fundamento en la causal 8 del artículo 179 de la CONSTITUCION POLITICA que dice que "NO PODRAN SER CONGRESISTAS: .....**8) NADIE podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente**", y el citado señor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN fue elegido DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL MAGDALENA en las pasadas elecciones cumplidas el día domingo ocho (8) de marzo de 1992, para el período constitucional 1992 a 1994, y como tal ejerció sus funciones "**y asistió cumplidamente a las sesiones Ordinarias, correspondientes al período de Octubre y Noviembre de 1992**, hasta que le fué aceptada su renuncia mediante Decreto (106) de febrero 9 de 1993, emanado del señor Gobernador del Departamento del Magdalena", como así lo ha CERTIFICADO el señor SECRETARIO GENERAL de la ASAMBLEA DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA señor NESTOR MUÑOZ CABALLERO, en certificación que se anexa a esta demanda y que tiene fecha del día 19 de febrero de 1993.

"La anterior CERTIFICACION comprueba que el citado PISCIOTTI VAN-STRAHLEN el día SABADO SEIS (6) DE FEBRERO de 1993 cuando al morir en esta fecha el Representante ALEX DURAN FERNANDEZ y por mandato constitucional transfirió exactamente **ese día** su investidura parlamentaria que ostentaba, **AL SEÑOR** Fernando Pisciotti Van-Strahlen éste se desempeñaba **ese día** 6 de **febrero** de 1993 - como DIPUTADO en el Magdalena y se desempeñó como tal **hasta el día NUEVE (9) de FEBRERO** de 1993, fecha ésta en que mediante DECRETO NUMERO 106 de fecha 9 de febrero de 1.993 expedido por el señor Gobernador del Departamento del MAGDALENA, éste le aceptó la renuncia que como DIPUTADO le presentó PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, **todo lo cual comprueba que el demandado PISCIOTTI VAN-STRAHLEN ostentó las dos investiduras de DIPUTADO y de CONGRESISTA durante los días sábado 6 hasta el martes 9 de FEBRERO de 1993**, simultáneamente, violado así el Régimen de Inhabilidades" que para ser congresista **señala el artículo 179 de la Carta Política, especialmente en su numeral 8° todo lo cual es suficiente fundamento para que se decrete la PERDIDA DE LA INVESTIDURA de Congresista, con fundamento en el numeral 1 del artículo 183 de la Ley Fundamental de la República en armonía con lo previsto en el numeral 2 del artículo 296 de la Ley 05 de 1992**, sobre Reglamento del Congreso de la República.

"Estando inhabilitado para ser CONGRESISTA, llamado por los artículos 134 y 261 de la Constitución Política a 'ocupar' el cargo congresional que dejó vacante absolutamente el señor Alex Durán Fernández al resultar muerto el sábado 6 de febrero de 1993, sin embargo la MESA DIRECTIVA de la H. Cámara de Representantes le dio POSESION del cargo de Representante, ya citado, y desde el pasado 10 de febrero del presente año el señor Pisciotti Van-Strahlen tiene la calidad de Representante al Congreso de la República y percibe las remuneraciones correspondientes a su alta investidura (Folios 1 a 4)

ACTUACION PROCESAL

1. La solicitud respectiva fue repartida a quien proyecta esta providencia el día 23 de marzo de 1993 (folio 33).

2. Mediante auto de Sala Unitaria del 24 de marzo de 1.993 se dispuso tramitar, conforme a las reglas del procedimiento ordinario previsto en el Título XXIV del Libro 4. del C.C.A., la respectiva actuación. (Folios 34 y 35).

3. El auto admisorio fue notificado al respectivo agente del Ministerio Público el 30 de marzo de 1993, a las partes por anotación en Estado el 15 de abril de 1993; al Ministerio de Gobierno el 31 de marzo de 1993; al señor Presidente de la Cámara de Representante el 1° de abril de 1993; al doctor Fernando Pisciotti Van-Strahlen, parte pasiva en esta actuación el 14 de abril de 1993. El asunto se fijó en elista el 21 de abril de 1993 por el término de cinco días, por lo que se desfijó el 27 del mismo mes y año.

4. El sujeto pasivo de la relación procesal se hizo representar a través de apoderado judicial quien se opuso a la pérdida de investidura de su mandante, dando respuesta a los hechos fundamento de la solicitud, a la vez que hizo petición de pruebas. De su escrito de impugnación, la Sala resalta lo siguiente:

"g) Se observa que el demandante señor AROLDO ELIECER GUARDIOLA IBARRA, presentó también en ACCION PUBLICA ELECTORAL, demanda por los mismos hechos ante el CONSEJO DE ESTADO SECCION QUINTA Expediente N° 0992, con el fin de que se declare la nulidad del acto o hecho administrativo mediante el cual el demandado Doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN fue reconocido y posesionado como REPRESENTANTE A LA CAMARA, por la Circunscripción Electoral del Departamento del Magdalena y para el resto del período constitucional 1991 a 1994 en reemplazo del fallecido representnate a la Cámara ALEX DURAN FERNANDEZ. Acompaño copia simple de la mencionada demanda.

"h) Es importante señalar que el artículo 304 de la Ley 05 de 1992 señala en su inciso final que: La ley fijará el procedimiento judicial correspondiente a la acción pública de pérdida de la investidura en lo que al Consejo de Estado se refiere". En

auto de 11 de diciembre de 1991 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez expresó:

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

"3. Con base en lo que se deja expuesto me opongo a las pretensiones del señor AROLDO ELIECER GUARDIOLA IBARRA, en proceso de la referencia, para que se decrete la nulidad del acto o hecho mediante el cual el doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN se posesionó como nuevo Congresista ante el Presidente de la Cámara de Representantes Doctor CESAR PEREZ GARCIA, en reemplazo del señor ALEX DURAN FERNANDEZ, posesión ésta que se cumplió con estricta sujeción a las disposiciones constitucionales y legales que rigen la materia.

"El demandante no ha demostrado -ni podrá demostrar- que en mi mandante Doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN concurra causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad para reemplazar la ausencia definitiva del Representante ALEX DURAN FERNANDEZ. Debe tenerse en cuenta que los hechos que constituyen nulidad están previstos en la ley y como tal están condicionados al acaecimiento de los supuestos fácticos que señala la norma por cuanto las nulidades son taxativas y no pueden darse sin norma que las consagre. Al respecto el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Joaquín Vanín Tello de junio 4 de 1987, Expediente N° E-031, dice:

> "Observa la Sala que las causales de nulidad son de creación legal y de carácter taxativo. No pueden ser creadas por vía jurisprudencial ni extendidas analógicamente a los hechos no previstos por la ley, es decir, que no caben los supuestos fácticos de la norma".

"De otro lado debe tenerse en cuenta que la nueva carta política en el título IX, Capítulo I., estableció en su artículo 261, que:

> "Ningún cargo de elección popular en Corporaciones Públicas tendrá suplente. Las vancancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos de la misma lista en orden de inscripción sucesivo y descendente".

"A su turno el artículo 293 de la Constitción Política, determina:

> "Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, período de sesiones,

faltas absolutas o temporales, causas de destitución y forma de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones".

"La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con ponencia del Doctor JAIME PAREDES TAMAYO de septiembre 13 de 1991 radicado bajo el N° 402 sobre la materia, señala:

"....El artículo 261 de la Constitución Nacional dispone que no tendrá suplente los cargos de elección popular en Corporaciones Públicas y que las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista en orden de inscripción sucesivas y descendientes. Conforme a la disposición mencionada, en adelante ninguna elección para Corporaciones comprenderá suplentes ni las vacancias absolutas podrán proveerse en forma distinta de la determinada por el artículo 261".

"De acuerdo con los fundamentos de derecho en que el demandante apoya su solicitud, no se deducen legalmente las conclusiones que de ellos se pretende deducir, ni de los hechos que he aceptado se pueda inferir que se violaron las disposiciones Constitucionales o legales para que el Representante a la Cámara no elegido Doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN accediera a la dignidad congresional en reemplazo del fallecido parlamentario Doctor ALEX DURAN FERNANDEZ". (Folios 55 a 57).

5. El 29 de abril de 1993 se profirió el auto ordenador de pruebas (folios 71 a 73).

6. Por auto de 2 de junio del presente año se rechazó de plano la nulidad de lo actuado propuesta por el señor apoderado de la parte pasiva, dado que la causal aducida con miras a la invalidación procesal no se encontraba especialmente consagrada como tal en nuestro ordenamiento positivo. (folio 115).

7. Aducida la prueba documental ordenada, fue del caso correr traslado común por diez días a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de bien probado (folio 117).

8. Por auto de abril 7 de 1.993 (folios 159 y 160) se negó el trámite de acumulación de procesos propuestos por el señor apoderado de la parte pasiva, por considerar el ponente que el proceso de nulidad electoral que cursa en la Sección Quinta de la Corporación de naturaleza y tramitación diferente al de pérdida de investidura de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

9. Oportunamente las partes y el Ministerio Público presentaron sus alegaciones de conclusión, las que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Parte actora. Reitera los hechos que consignó en su memorial introductorio del proceso; resalta el carácter especial que tiene la acción de "Pérdida de Investidura" en punto tacante con la causal invocada para pretender la pérdida de investidura, dijo:

"Sin embargo, en el caso que nos ocupa del Honorable Representante al Congreso de la República Señor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, el fundamento para la presente acción sobre la PERDIDA DE SU INVESTIDURA congresional lo constituye la violación al régimen de inhabilidades que para SER CONGRESISTA señala el artículo 179 de la Constitución Pólítica, precisamente en su numeral 8., ya que el señor Pisciotti, como se ha explicado fue elegido el 8 de marzo de 1992 como DIPUTADO a la Asamblea Departamental del Magdalena para el período constitucional y legal que comenzó el día 1° de OCTUBRE de 1992 y que terminará el día 30 de septiembre de 1994 y encontrándose en el ejercicio de sus funciones dentro de dicho período fué llamado a ocupar el cargo parlamentario en el que se venía desempeñando el H. Representante a la Cámara ALEX DURAN FERNANDEZ cuando éste murió el día 6 de febrero de 1993, y en esta fecha por disposición constitucional y legal - como se ha explicado en la demanda - **el señor PISCIOTTI VAN-STRAHLEN fue llamado a ocupar la curul parlamentria del Representante muerto, resultando con que en su persona se reunieron por lo menos desde el 6 de febrero de 1993 hasta el día 9 de febrero de 1993 que el Gobernador del Magdalena mediante su DECRETO N° 106 le aceptó la renuncia como DIPUTADO**, las dos investiduras, la de DIPUTADO y la de REPRESENTANTE, así de ésta solamente hubiera tomado posesión de su cargo el día 10 de FEBRERO de 1993, pero durante cuatro (4) días comprendidos entre el 6 al 9 de febrero de 1993, tuvo las dos investiduras, la de Diputado y la de Congresista, configurándose así la inhabilidad que sanciona el numeral 8 del artículo 179 de la Carta Política cuando expresa que "NADIE PODRA SER ELEGIDO PARA MAS DE UNA CORPORACION.....", la que infringió PISCIOTTI VAN-STRAHLEN al resultar elegido durante los días 6 al 9 de febrero de 1993 para dos corporaciones: La Asamblea Departamental del Magdalena y la Cámara de Representantes" (Folio 146 y 147). Más adelante agregó:

"Queda pués pero claramente establecido que no pueden SER CONGRESISTAS conforme al numeral 8 del artículo 179 de la CONSTITUCION POLITICA ninguna persona que resulte elegido para dos cargos públicos, ni para una corporación y un cargo, ni para dos o más corporaciones, pués ello conllevaría a una concentración de poder en una sola persona y esto choca contra la democracia auténtica que mediante la apelación al veredicto popular quiere que los honores, el poder y las dignidades se repartan y no se concentren en una misma persona, por lo menos si los respectivos períodos coinciden en el tiempo así sea parcialmente, como coincidieron entre los dias SEIS (6) al NUEVE (9) de FEBRERO de 1993 los periodos de DIPUTADO y de REPRESENTANTE a la Cámara en la persona del demandado FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN.

"El artículo 134 de la C.P. dice que "Las vacancias por faltas absolutas de los Congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente".

"El artículo 261 de la C.P. agrega que "Ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente" y remata diciendo que "Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendentes" (folios 141 a 152).

b) **Parte Pasiva.** Después de resumir lo hechos consignó:

"Al producirse la falta absoluta del congresista ALEX DURAN FERNANDEZ se presentó la vacancia de que habla el artículo 134 de la Constitución y la Ley 05 de 1992 en su artículo 278 previó la forma de proceder en dicha eventualidad autorizando en efecto al presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción a ocupar su lugar supeditado a acreditar ante la comisión de acreditación documental su condición de nuevo parlamentario para lo cual el congresista acompaño los documentos que se relacionan en el acta de posesión y que aparecen señalados en los literales a), b), c) y d) del numeral 2.14 de la contestación de la demanda.

"Desde el punto de vista objetivo no se trata de un hecho fáctico sino de un alegato jurídico desubicado destinado con el fin de plantear una supuesta nulidad del acto o hecho administrativo acusado, pues trata de afianzar en qué se procedió a dar posesión al congresista FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN sin declaración del elegido.

"1.3 En lo referente al hecho quinto de la demanda reiterando los términos consignados en el numeral 2.15 literales a), b), c), d), e), y f) de la contestación de la demanda para los efectos del alegato de conclusión al cual adicionamos las siguientes consideraciones:

"FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, no fue elegido como miembro de la Cámara de Representantes para el período constitucional de 1991 a 1994, tal como se demuestra con las certificaciones expedidas por los funcionarios del Organo Electoral que aparecen en el presente expediente, razón por la cual no se encuentra incurso de algún impedimento para egercer las funciones inherentes a su condición de Representante a la Cámara.

"El exdiputado y hoy Representante a la Cámara, FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, no ha infringido ninguna norma constitucional o legal no fue elegido para poder acceder a dicha representación congresional como se desprende de las pruebas que obran en el expediente, ni para dos corporaciones de elección popular, ni ostentó simultáneamente dos investiduras en períodos que coincidadan (sic) exactamente.

"El Doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, presentó su renuncia oportunamente de Diputado el día 9 de febrero de 1993 según aparece en la documentación presentada previa a la posesión de nuevo congresista donde figura el decreto por medio del cual el señor Gobernador del Departamento del Magdalena acepta dicha renuncia. En consecuencia se expidió el correspondiente acto administrativo en los términos establecidos en el decreto 1222 de abril 18 de 1986, en su artículo 39; que señala que ".... corresponde al Gobernador oir y decidir las excusas y renuncias de los diputados en receso de la Asamblea...". Más adelante agregó:

"2.4 El doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, no fue elegido como representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Magdalena en las elecciones efectuadas el 27 de octubre de 1991, solo lo fue elegido como Diputado departamental en los comicios realizados el 8 de marzo de 1992, por lo cual se puede observar que solo fué elegido para una corporación pública tal como se desprende de las pruebas que obran en el proceso y su acceso al congreso se ocasionó en virtud del fallecimiento del señor ALEX DURAN FERNANDEZ, el cual se cumplió en el lleno de los requisitos legales para el caso, teniendo en cuenta que entratándose de reemplazos, por ausencia definitiva del titular se ordena en el artículo 285 de Ley 05 de 1992 "El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades será aplicable a quien fuere llamado a ocupar el cargo a partir de sus posesión".

"De lo anterior se desprende que el legislador en ese evento precisa y delimita la fecha desde el cual debe abstenerse de ejecutar actos que impidan el ejercicio congresional.

"2.5 El constituyente de 1991 determinó en el artículo 261 de nuestro ordenamiento constitucional la supresión de los suplentes de las corporaciones públicas señalando que "La vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente".

"2.6 A su turno el artículo 278 de la Ley 05 de 1992 autoriza en caso de falta absoluta de un congresista al presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción, y ocupar su lugar. En este evento el reemplazo deberá demostrar ante la Comisión de Acreditación Documental su condición de nuevo congresista, según certificación que al efecto expida la competente autoridad de la orgnización nacional electoral.

"2.7 Mediante Decreto N° 106 de febrero 9 de 1993 el señor Gobernador del Departamento del Magdalena, estando en receso la Asamblea y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1222 acepta la renuncia presentada

por el doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLAN a diputado de esa Asamblea Departamental.

"Estas consideraciones que se derivan del análisis objetivo de las normas legales vigentes y de los hechos aducidos por el demandante nos llevan a formular la afirmación categórica de que el acceso de representante a la cámara doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN se cumplió con extricta sujeción a las normas legales que regulan la materia" (Folio 122 a 134).

c) **El Ministerio Público**. El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación presentó las siguientes apreciaciones:

"El artículo 183 de la Carta establece que los congresistas perderán su investidura cuando se configure uno cualquiera de los siguientes casos:

"1. Por violación del régimen de inhabilidaes e incompatibilidades o del régimen de conflictos de intereses.

"2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.

"3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho dias siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

"4. Por indebida destinación de dineros públicos.

"5. Por tráfico de influencias debidamente comprobados".

" De esta norma claramente se desprende que después de haber adquirido la investidura (lo que ocurre cuando la autoridad electoral competente declara la elección de un congresista y ordena que se le entregue la respectiva credencial, el elegido, sin necesidad de que la jurisdicción contencioso administrativa declare previamente la nulidad del acto de elección, puede ser despojado de la misma si éste realiza alguna o algunas de las acciones que indican los numerales 1, 2, 4 y 5 o incurren en la omisión que señala el numeral 3. Es decir, la pérdida de la investidura procede por hechos u omisiones posteriores a la expedición del acto administrativo que declara legalmente elegido a un determinado ciudadano.

"Pues bien, en este asunto, el demandante no le atribuye al señor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN ninguna acción que éste haya realizado después de su posesión y que encuadre dentro de alguna de las causales del comentado artículo.

"En efecto, la irregularidad que el demandante atribuye al señor PISCIOTTI, o sea el haber sido elegido para dos cargos con períodos que coinciden parcialmente

(Diputado a la Asamblea del Magdalena y Representante a la Cámara), prevista por el artículo 179, numeral 8°, de la C.N. no ocurrió después de haberse posesionado o de haber entrado a ejercer el cargo de cuya investidura se le pretende despojar.

"El artículo 179 de la Carta establece causales de inhabilidad o mejor de inelegibilidad e incompatibilidades, que no son más que ciertas circunstancias, establecidas por la ley o por la Costitución, las que se presentan o bien antes de una elección o bien en el momento en el que ésta se realiza, pero obviamente, no después y que, en caso de configurarse, afectan la validez del acto administrativo en el que se declara la elección y dan lugar a la nulidad de tal acto, através del ejercicio de la acción que consagra el artículo 228 del C.C.A., pero no a la pérdida de la investidura.

"Este Despacho entiende que si un ciudadano es elegido al Congreso de la República y a otra Corporación, o al Congreso y a otro cargo público y se posesiona de ambos, es a partir de este momento cuando se viola el régimen de incompatibilidad, es decir, desde ese momento se produce el hecho que da lugar a la pérdida de la investidura por el ejercicio simultáneo de funciones incompatibles que es lo que prohíbe precisamente el número 8 en el artículo 179 de la C.N.

"En este asunto se observa que el señor FERNANDO PISCIOTTI VANSTRAHLEN, antes de posesionarse como Representante a la Cámara, renunció al cargo de Diputado a la Asamblea del Magdalena e igualmente, antes de esa posesión, le fue aceptada la renuncia por el Gobernador de ese Departamento.

"Por otra parte, también se observa el señor PISCIOTTI formalmente no fue elegido en las elecciones del 27 de octubre de 1991. En éstas la lista encabezada por el señor ALEX DURAN FERNANDEZ en la que estaba incluido el nombre del señor PISCIOTTI, únicamente obtuvo el primer renglón; además, el señor PISCIOTTI se posesionó como representante sin que previamente se hubiera producido un acto administrativo que lo declarara elegido Representante a la Cámara y si pudiera concluirse que en la posesión tácitamente se hace tal declaración, también habría que advertir que en este momento ya habia cesado en sus funciones de Diputado a la Asamblea del Magdalena.

"En resumidas cuentas el problema es de incompabilidades que no ocurrió en este caso por que no ha habido ejercicio simultáneo de diputado y congresista porque cuando ingresó como congresista había hecho dejación del cardo de diputado". (folio 135 a 140).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PRIMERA: Comienza la Sala por reiterar la tesis de la mayoría de sus integrantes en cuanto respecta a su competencia y al trámite judicial que corresponde aplicar en casos como el que hoy se decide. En cuanto a lo primero, es el propio artículo 184 de la Carta Política el que determina que "La pérdida de la Investidura

será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la Ley y en término no mayor de 20 días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano". Por su parte en el capítulo 3 del título VIII del mismo Estatuto superior aparece el artículo 236 para prescribir que " El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asigne la Constitución y la ley.

"La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna". Al fijar las atribuciones del Concejo de Estado el artículo 237 *ibidem*; en su numeral 5, establece la de "Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley". Estas normativas ponen de presente que el conflito sobre pérdida de la investidura de los congresistas es del resorte del Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de trascendental materia constitucional que impone decisión jurisdiccional.

En punto tocante con el trámite procesal, esta Sala, al menos en cuanto a la mayoría de sus miembros se refiere, ha entendido que mientras el legislador no establezca un ritual especial, deberá inprimírsele a asuntos como éste, lo establecido para el procedimiento ordinario, rituado por los artículos 206 y ss del C.C.A., modificados por el artículo 45 y ss del Decreto 2304 de 1989, sobre este tópico en sentencia de 8 de septiembre de 1992; Expediente AC-175; pérdida de investidura del Senador Samuel Albeto Escrucería Manzi, con ponencia del doctor Guillermo Chahín Lizcano, se dijo:

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

SEGUNDA: Al haber quedado claro que la competencia para definir asuntos como el *sub judice* son del resorte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, lo cual también encuentra respaldo en lo prescrito por el artículo 97 del C.C.A., numeral 3, conviene ahora precisar que la solicitud de pérdida de investitura fue promovida por el ciudadano Aroldo Eliécer Guardiola Ibarra, por lo que en tratándose del ejercicio de una acción popular no debe exigirse mayores rigorismos de carácter técnico jurídicos de naturaleza procesal. Así las cosas, también cabe afirmar que al encuadrar la causal invocada como fundamento de la pretensión en la causal 1 del artículo 183 de la C.P., o sea, el régimen de inhabilidades", pero demandada por un particular y no provocada por la Cámara de Representantes, no se requiere el previo "pronunciamiento congresional", según se concluye de la

interpretación integral y sistemática de los artícuos 298, 299 y 301 de la Ley 5ª de 1992. Esta última preceptiva, es del siguiente tenor:

Artículo 301. "Solicitud ciudadana. -Cualquier ciudadano podrá solicitar al Consejo de Estado sea decretada la pérdida de la investidura congresal por haber incurrido, algún miembro de las Cámaras, en alguna de las causales que se originan, en los términos del artículo 183 constitucional.

"Esta solicitud deberá estar acompañada de las pruebas que así lo ameriten, en las condiciones legales. Si ello no fuere posible, pero existieren demostraciones sumarias sobre alguna de las causales invocadas, deberá el Consejo de Estado, antes de la iniciación del proceso judicial correspondiente, adelantar las indagaciones ante la respectiva Cámara. Esta en el término de 15 días, dará los informes completos que se demanden".

El claro texto legal que se acaba de transcribir evidencia que el ejercicio de esta especial acción impetrada por un ciudadano no exige prerrequisito de ninguna clase y que es el Consejo de Estado quien verificará la realidad de los hechos en que aquella descansa, mediante la admisión, ordenación y práctica de pruebas pertinentes.

TERCERA: Con base en las anteriores apreciaciones, se ocupa ahora la Sala de los aspectos concretos en que el actor apoya su pretensión de pérdida de investidura congresional, para concluir si en efecto se tipifica la causal aducida que no es otra que la prescrita en el numeral 8 del artículo 179 en concordancia con lo previsto por el numeral 1, del artículo 183 ambas normativas de la Carta Política.

Al efecto se tiene:

a) Prescribe el numeral 8 del artículo 179 del Código Superior que "Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación ni un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente".

b) El artículo 183 numeral 1 de la Constitución Política establece que los Congresistas perderán su investidura "Por la violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o del régimen de conflicto de intereses".

c) Sin duda que los hechos narrados por la parte actora, aceptados por la parte pasiva, tuvieron acurrencia según múltiple prueba documental que la Sala aprecia en su conjunto y conforme a conocidas reglas de la sana crítica (artículo 187 del C. de P.C., aplicable al proceso Contencioso Administrativo).

Lo anterior no quiere significar que las consecuencias jurídico-políticas que pretende adscribirle la parte actora a tales circunstancias fácticas sean necesariamente las que corresponden de acuerdo con la Constitución Política y la ley. Pues como bien lo define Guillermo Cabanellas, la inhabilitación para desempeñar cargo público

consiste en "**La privación del ejercicio de que se posea y el vedamiento de conseguirlo o desempeñarlo durante el tiempo de la condena; bien sea la sanción por mal ejercicio del mismo o por haber incurrido en otra culpa que lleve aparejada esta expulsión de la vida oficial de un país. En ocasiones, esta pena se encuentra comprendida en la inhabilitación absoluta**" (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Editorial Heliasta; Tomo IV; Buenos Aires; 1981, página 416).

d) El propio actor narra que la lista encabezada por el señor Alex Durán Fernández presentaba un segundo nombre correspondiente al de Fernando Pisciotti Van-Strahlen, pero que tan solo resultó con 21.965 votos por lo que no alcanzó a obtener el cuociente electoral, aunque, por residuo, aquél sí se declaró elegido como representante a la Cámara, por la circunscripción electoral del departamento del Magdalena, para el período constitucional 1991 a 1994. Esta manifestación encuentra receptividad por la parte pasiva y está respaldada por las documentales obrantes a folios 12 y ss del expediente.

e) También resulta demostrado que el doctor Fernando Pisciotti Van-Strahlen fue elegido el 8 de marzo de 1992, como diputado, para el período comprendido entre ese año y 1994, y que en razón de la muerte sobreviniente del representante a la Cámara Alex Durán Fernández, ocurrida el 6 de febrero de 1993 en la ciudad de Fundación (Magdalena), el mencionado doctor Pisciotti Van-Strahlen con fecha 9 de febrero de 1993 presentó renuncia irrevocable como diputado a la Asamblea del Magdalena, para el cual habiá sido elegido el 8 de marzo de 1992, renuncia que le fue aceptada mediante Decreto N° 106 de 1993 del mismo 9 de febrero de este año proferido por el Gobernador del Departemento del Magdalena (folio 27).

A folio 24 del expediente obra documento público expedido por el Secretario General de la Cámara de Representantes el 9 de marzo de 1993, dirigido al señor Aroldo Eliécer Guardiola Ibarra, remitiéndole copias auténticas de la documentación presentada ante esa Corporación por el doctor Fernando Pisciotti Van-Strahlen y que describe así:

"1. Certificación del Gobernador del Magdalena en el cual se acepta la renuncia a FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, como diputado.

"2 Copia del Decreto en el cual se le acepta la renuncia de Diputado.

"3. Certificado de defunción de ALEX DURAN FERNANDEZ.

"4. Certificado del delegado del Registrador Nacional del Estado Civil de la circunscripción Electoral del Magdalena, en donde consta que FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, es el segundo en la lista de ALEX DURAN FERNANDEZ (Q.E.P.D.).

"5. Acta de inscripción de la Registraduría Nacional, donde figura el doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, como segundo en la lista del doctor ALEX DURAN FERNANDEZ.

"6. Solicitud de Inscripción y Constancia de Aceptación de Candidato al Congreso de la República.

"Agregamos al correspondiente envío el Acta de Posesión del Doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN.

f) Copia auténticada del acta de posesión del doctor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, como representante a la Cámara, ocupa el folio 25 del expediente y en ella se lee que el 10 de febrero de 1993, dicho señor se presentó ante la Cámara de Representantes con el propósito de tomar posesión como Representante, para lo cual presentó la documentación reseñada en el párrafo anterior y previo juramento de sostener y defender la Constitución y las Leyes de la República y desempeñar fielmente los deberes del cargo se suscribió la respectiva acta de posesión, por las siguientes personas:

El Presidente de la H. Cámara de Representantes; el Primer Vicepresidente de la H. Cámara de Representantes; el Segundo Vicepresidente de la H. Cámara de Representantes; el posesionado y, el Secretario General de la H. Cámara de Representantes.

CUARTA: La realidad anterior que ha quedado reseñada con la cita de las documentales que asi lo acreditan, pone de presente que el señor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, **no fue elegido**, en las elecciones del 27 de octubre de 1991, al no haber obtenido la votación necesaria para resultar ungido por el respaldo popular; que tal elección tan solo logró favorecer al N° 1 de la lista en que él figuraba, vale decir al señor Alex Durán Fernández. Así las cosas, el señor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN no presentaba ninguna inhabilidad para aspirar a ser elegido como diputado a la Asamblea Departamental del Magdalena, durante las elecciones llevadas a cabo el 8 de marzo de 1992; se reitera, por cuanto **no había sido elegido en las elecciones del 27 de octubre de 1991** cuando aspiró ser Representate a la Cámara. Como el mismo PISCIOTTI VAN-STRAHLEN renunció expresa e irrevocablemente a su calidad de Diputado el 9 de febrero de 1993, renuncia que le fue aceptada por Decreto N° 106 de esa fecha, dictado por el señor Gobernador del Magdalena, ahí perdió su calidad de diputado y, de consiguiente, bien podía, en lo sucesivo, hacer valer los derechos que constitucional y legalmente le corresponden en virtud de falta absoluta del señor Alex Durán Fernández cabeza de lista con la cual había aspirado aquél a ser Representante a la Cámara, por la circunscripción electoral del Magdalena Pero como ya se dijo, no alcanzó a ser electo en las elecciones del 27 de octubre de 1991.

QUINTA: La Sala resalta la circunstancia de que por el solo hecho de la muerte del señor Alex Durán Fernández, no adquiría el señor FERNANDO

PISCIOTTI VAN-STRAHLEN de manera automática, o pleno derecho, la investidura de Representante a la Cámara.

Para lograr esta calidad era indispensable un acto de manifestación de voluntad suya, que mientras no ocurriera suspendía la adquisición de tal calidad. Por lo mismo resulta constitucional y legal la renuncia que como diputado hizo el 9 de febrero de 1993 y, una vez despojado de esa calidad, bien podría hacer valer, como en efecto lo hizo, el 10 de febrero de 1993, los derechos sobrevinientes para ocupar o llenar la vacante del N° 1 de su lista el señor Alex Durán Fernández. En otros términos, para que se presente la inhabilidad a que se contrae el numeral 8 del artículo 179 de la Carta Política, en concordancia con el numeral 1 con el artículo 183 *ibídem*, es indispensable que hubiere sido elegido para más de una Corporación o cargo público, o haber sido elegido en dos cargos públicos, o haber sido elegido para una Corporación y un cargo público, siempre y cuando, además, los respectivos períodos coincidan en el tiempo, así fuere parcialmente.

Para la Sala el señor FERNANDO PISCIOTTI VANSTRAHLEN no fue elegido para más de una Corporación, y para períodos coincidentes; tampoco lo fue para dos cargos públicos; ni resultó elegido para una Corporación y un cargo, durante períodos coincidentes en el tiempo, razones por las cuales no prosperarán las pretensiones de demanda pués, como claramente reza el artículo 134 de la Norma de Normas: "Las vacancias por faltas absolutas de los congresistas serán suplidas por los canditatos **no elegidos**, según el orden de inscripción en la lista correspondiente" (subraya la Sala). Esta misma consecuencia la contempla el artículo 269 *ibídem*, al describir que "ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas *por los candidatos no elegidos* en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendente" (Subrayas fuera del texto). Estos dos textos constitucionales fueron estrictamente cumplidos por el demandado y por la Cámara de Representantes. Así las cosas y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, se impone negar la solicitud de pérdida de la investidura que como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Magdalena se ha pedido con respecto al señor FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, a instancia del señor AROLDO ELIECER GUARDIOLA IBARRA y las demás pretensiones consecuenciales.

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

FALLA

PRIMERO: NIEGASE LA SOLICITUD DE PERDIDA DE SU INVESTIDURA COMO REPRESENTANTE A LA CAMARA DEL DR. FERNANDO PISCIOTTI VAN-STRAHLEN, PRETENDIDA POR EL SEÑOR AROLDO ELIECER GUARDIOLA IBARRA.

SEGUNDO: Niéganse las demás pretensiones.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Guillermo Chahin Lizcano, Presidente; *Dolly Pedraza de Arenas*, Ausente; *Jaime Abella Zárate*, Salvo de Voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren De La Lombana de M.* Ausente; *Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva*, Ausente, *Miguel González Rodríguez*, Aclara voto; *Amado Gutiérrez Velásquez*, Ausente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos*, Aclaro el voto; *Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta*, Ausente; *Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Reitera la sentencia de 8 de septiembre de 1992 expediente N° AC-175; Consejero Ponente: doctor GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

Las aclaraciones de voto de los doctores Consuelo Sarria Olcos, Miguel González Rodríguez y Yesid Rojas, así como el salvamento del Doctor Jaime Abella Zarate reiteran sus criterios en torno al trámite de la pérdida de la investidura, los cuales ya han sido publicados anteriormente.

PERDIDA DE INVESTIDURA- Desistimiento/**PERDIDA DE INVESTIDURA-** Retiro

En armonía con la naturaleza jurídica que debe imprimirse a la formulación de pérdida de investidura de congresistas, una vez el respectivo órgano jurisdiccional ha asumido el conocimiento de la solicitud a él formulada por la mesa directiva o por un particular, no es procedente su retiro ni su desistimiento.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Santafé de Bogotá, D. C., septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente N° AC-1063. Actor: *Alberto Efraín Martínez.* Asuntos Constitucionales.

El apoderado del señor ALBERTO EFRAIN MARTINEZ, en memorial que antecede, presenta desistimiento de la acción que instauró en el *sub-lite*, y en subsidio manifiesta que retira la demanda.

FUNDAMENTO DEL DESISTIMIENTO

Expresa que desiste en forma incondicional renunciando a todas las pretensiones del libelo "en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada (art. 342 C.P.C.)

Dice que el desistimiento comprende todas las pretensiones de la demanda y es procedente, por tener facultad expresa para ello, según el poder que le fue conferido en la demanda, y porque hace presentación de la solicitud en forma personal.

FUNDAMENTO DE LA SOLICITUD DE RETIRO DE LA DEMANDA

La solicitud de retiro de la demanda, la hace con fundamento en lo dispuesto en el artículo 88 del C.P.C. modificado por el artículo 39 del Decreto 2282 de 1989, agregando que "por cuanto aún no se ha notificado al demandado del auto de agosto 4 último, que admitió la solicitud y tampoco se han practicado medidas cautelares, impetra el retiro de la solicitud y se disponga la devolución de la demanda.

Para resolver, se

CONSIDERA

1. El *sub-lite*, versa sobre la pérdida de investidura del congresista EMIRO RAUL PEREZ ARIZA, formulada mediante apoderado judicial, por el señor ALBERTO EFRAIN MARTINEZ BUSTILLO, cuya solicitud fue admitida mediante auto de agosto 4 de 1993, notificada personalmente al procurador delegado, el 5 de agosto y por anotación en estados, el 6.

2. Según el mandato contenido en el artículo 184 de la Carta Política, la pérdida de investidura puede ser formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, **o por cualquier ciudadano**. Es decir, que esta figura jurídica se instituyó con las características de las acciones públicas.

3. Una de las características de las acciones públicas, es la improcedencia del desistimiento. Este ha sido el criterio reiterado y uniforme de la Corporación en tal sentido. Basta citar la providencia de noviembre 24 de 1970, proferida por la Sala Plena de esta Corporación, en la cual con ponencia del Consejero de Estado LUCRECIO JARAMILLO VELEZ, en lo pertinente se dijo:

> Qué derechos y acciones pueden renunciarse ?
>
> El artículo 15 del Código Civil dice: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que **sólo miren al interés individual** del renunciante y que no esté prohibida la renuncia".
>
> Analizando este artículo, se llega a las siguientes conclusiones:
>
> 1. Pueden renunciarse los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante. Son los llamados derechos privados.
>
> 2. A *contrario sensu*, no pueden renunciarse los derechos que miran a algo superior al interés individual del renunciante. Cúales son ellos? Evidentemente, se trata de los **derechos públicos** y de las **acciones que los tutelan.**

3. Aun dentro de los derechos que sólo miran al interés inividual del renunciante, hay algunos cuya renuncia está prohibida. Estos derechos, aunque sean privados, son irrenunciables.

II. Trasladando estas nociones doctrinales al derecho colombiano, se considera:

Bajo el imperio de la Ley 25 de 1928, existía un artículo, el 14 de esa ley, que prohibía el desistimiento en los juicios públicos. El texto del artículo 14 mencionado dice así:

"En las acciones de carácter público no se permitirá el desistimiento de la acción que se hubiere intentado y, si el actor o actores abandonaren por más de treinta días el respectivo juicio, éste se seguirá de oficio hasta su terminación".

Dictado el nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941, éste nada dijo acerca del desistimiento. Ante el silencio de la nueva Ley, se han propuesto varias teorías:

Primera teoría. Se ha sostenido que el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 está actualmente vigente, por no haber sido derogado expresamente ni ser contrario a ninguno de los artículos de la nueva legislación o sea de la Ley 167 de 1941.

En efecto, el artículo 72 del Código Civil dice que la derogación tácita deja vigente en las Leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva Ley.

Pero a esta teoría se objeta que, al haber reglamentado la Ley 167 de 1941 íntegramente la materia referente a lo contencioso administrativo, ésta derogó tácitamente toda la legislación anterior referente a la misma materia. En efecto, el artículo 3° de la Ley 153 de 1887 dispone que se estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una Ley nueva que regule íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería.

Segunda teoría. La segunda teoría, parte de la base de que el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 está derogado por existir una Ley nueva (la Ley 167 de 1941) que regula integramente la materia a que la anterior disposición se refería, y que, por consiguiente, hay un vacío legal.

El artículo 282 del actual Código Contencioso Administrativo dice que los vacíos en el procedimiento establecido por ese código se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las Leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil, en sus artículo 461 a 465, reglamenta el desistimiento de las acciones y derechos renunciables o sea de aquellos de los cuales se puede desistir. Evidentemente tales artículos no pueden reglamentar el desistimiento de aquellas acciones y derechos de los cuales no se puede desistir. Por consiguiente, tales artículos no pueden tener aplicación en el campo del derecho público ni pueden llenar el vacio que se anota en el Código Contencioso Administrativo. El mismo artículo 282 del C.C.A., al decir que los vacíos en el procedimiento se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, agrega con toda claridad:

"**En cuanto esas disposiciones sean compatibles con la naturaleza de los juicios** y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo". Este último fragmento se refiere evidentemente **a las acciones públicas** y a aquellas acciones privadas de las cuales está prohibido desistir.

No pudiendo, pues, el Código de Procedimento Civil llenar el vacío del C.C.A. acerca del desistimiento en las acciones públicas, corresponde llenarlo a la Jurisprudencia. **Esta, en general, ha dispuesto que no se puede desistir de una acción pública.** En efecto, en esas acciones se ventilan intereses tan importantes que, una vez que la demanda ha sido aceptada, podría decirse que **el actor pierde el control de la misma** y que el Tribunal ha de seguir el trámite legal hasta desatar la contención mediante la sentencia, y sin que el actor pueda evitar este efecto por medio de un desistimiento. Y es que en este tipo de acciones no se trata de intereses privados a los cuales los particulares pueden renunciar, por ser los dueños, sino **de intereses públicos de los cuales los particulares no pueden disponer libremente.** Ante la violación de un interés público, el ciudadano puede guardar silencio, **pero, si por cualquier motivo acusó el acto violatorio ante los tribunales administrativos, ya no puede retroceder** y debe dejar que el litigio sea desatado en la sentencia (las subrayas no son del texto).

III. Aplicando, ahora, estas nociones a los juicios de que trata el C.C.A., se observa lo siguiente:

"Los juicios administrativos pueden reducirse a dos tipos fundamentales:

1. Aquéllos en los cules se debate un interés público, por ejemplo la acción de nulidad pura del artículo 66 del C.C.A.

2. Aquéllos en los cules se debaten intereses privados, cuyo mejor ejemplo es la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del C.C.A.

En el primer tipo de juicios, si la acción prospera, la norma acusada queda borrada del elenco legal y la sentencia tiene efecto erga omnes. En estos juicios puede decirse que el actor es un mero intermediario que obra a nombre de la sociedad y en interés únicamente de la norma superior violada. El interés allí ventilado es un interés público, su renuncia está prohibida y, por consiguiente, el desistimiento es imposible.

Por el contrario, en el segundo tipo de juicios o sea en aquéllos en los cuales se debaten intereses privados, si la acción prospera, la disposición acusada o bien no se aplica el caso *sub-judice*, o bien queda anulada, si se trata de un acto individual y concreto. Pero, en todo caso, la sentencia dictada sólo tiene efecto entre las partes que intervenieron en el juicio. Por otra parte, como allí se ventilan intereses privados, en principio renunciables, es posible el desistimiento del actor que solamente persigue el restablecimiento de su derecho (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 24 de noviembre de 1970. Actor: ELIAS ZULUAGA HOYOS. Expediente N° 1659. Anales del Consejo de Estado, Nos. 427 y 428, segundo semestre de 1970, págs. 398 a 404).

EL RETIRO DE LA SOLICITUD

El peticionario fundamenta el retiro según las previsiones contenidas en el artículo 88 del C.P.C., modificado por el Decreto 2282 de 1989, cuyo tenor literal dispone:

> Mientras el auto que admite la demanda no se haya notificado a ninguno de los demandados, el demandante podrá sustituirla las veces que quiera o retirarla, siempre que no se hubiera practicado medidas cautelares.

De la lectura atenta de la disposición antes transcrita, se observa que el retiro de la demanda, en principio se instituyó para atender asuntos que versen sobre intereses privados. Al no existir regulación expresa sobre esta materia en el C.C.A., sería procedente acudir a lo regulado en el estatuto procesal civil, siempre y cuando la naturaleza del asunto lo permita, es decir que se trate de procesos en los cuales no se debatan cuestiones de interés general, sino particular.

Adicionalmente el Despacho se permite exponer la siguiente reflexión:

Conforme al artículo 342 del C.P.C., el auto que acepta el desistimiento produce los mismos efectos que la sentencia y el artíuclo 332 *ibídem*, dispone que la sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular, produce cosa juzgada erga omnes.

Surge así diáfana la improcedencia del desistimiento impetrado en esta oportunidad, pues lo contrario equivaldría a subsanar una causal de pérdida de investidura de Congresista, y ello no es posible teniendo en cuenta que conforme las normas antes citadas, el auto que acepta el desistimiento produciría efectos de cosa juzgada *erga omnes*.

Es claro que esta acción no se inicia de oficio, pero una vez ha sido presentada la solicitud, la función jurisdiccional se pone en marcha y no queda al arbítrio del solicitante, terminarla, por lo cual en estos asuntos no tienen cabida las figuras de terminación anormal del proceso, todo ello dirigido por la misma razón: La prevalencia superior del interés público que preside las acciones de este linaje.

Cuál es el interés jurídico tutelado con la nueva figura jurídica de la pérdida de la investidura acogida en el texto de la Carta de 1991 ?

De una parte el prestigio del propio Congreso, como órgano clave de una democracia, depositaria de la soberanía popular, y titular de trascendentes potestados frente al ordenamiento jurídico, como la potestad constituyente, la atribución legislativa, etc.

Por eso la transparencia absoluta de sus integrantes es una aspiración legítima de la comunidad política, y de ahí que los mecanismos instituidos para protegerla sean necesariamente de carácter público. Por la misma razón, la acción electoral que comparte con la solicitud de pérdida de investidura, su carácter público, no es desistible según los expresos términos del art. 235 del C.C.A. *in fine*, cuyas voces rezan: "En estos procesos, ni el demandante ni los intervinientes adhesivos podrán desistir"

Así pues en armonía con la naturaleza jurídica que debe imprimirse a la formulación de pérdida de investidura de congresistas, una vez el respectivo órgano jurisdiccional ha asumido el conocimiento de la solicitud a él formulada por la mesa directiva o por un particular, no sea procedente su retiro ni su desistimiento.

El criterio sobre la improcedencia del desistimiento en las acciones públicas, ha sido mantenido y reiterado por la Corporación. Basta citar las providencias de diciembre 7 de 1989. Sección Segunda, expediente N° 1763, actor: ASOCIACION DE EMPLEADOS Y TRABAJADORES DE LA EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGIA, ponente: Dr. ALVARO LECOMPTE: 19 de marzo de 1992. Sección Prime-ra, actor: INVERSIONES SUASIA S.A. Y/O, ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ R.

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

RESUELVE

NIEGASE LA SOLICITUD de desistimiento de pérdida de investidura, formulada por el apoderado judicial del señor ALBERTO EFRAIN MARTINEZ.

Igualmente, niégase el retiro de la demanda, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Diego Younes Moreno, Nubia González Cerón, Secretaria General

SALA DE

CONSULTA

POLICIA NACIONAL - Régimen Especial/AGENTE DE POLICIA/CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL/PENA DE PRISION/SEPARACION ABSOLUTA.

Los agentes y demás personal de la Policía Nacional están sometidos a un régimen especial contemplado en la misma ley como desarrollo de un mandato constitucional. Según disposiciones ya estudiadas de tal régimen, la separación absoluta se deduce cuando un agente de la Policía Nacional es condenado por la justicia penal militar o por la ordinaria a la pena principal de prisión; pero la norma no distingue en que la sanción se imponga por condena condicional o por condena definitiva, lo que de acuerdo con sanos principios de hermeneútica debe entenderse que cualquier tipo de sanción conduce a la separación absoluta. La condena de ejecución condicional no modifica el carácter condenatorio de la sentencia. La separación de la Policía Nacional, ya sea absoluta o temporal, se impone en todo caso como sanción cuando el oficial, suboficial o agente sea condenado por sentencia judicial, en el primer caso a pena de prisión por delito doloso y en el segundo a pena de arresto o prisión por delito culposo. Autorizada su publicación el 1º de julio de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá, D.C. ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Roberto Suárez Franco.*

Radicación Nº 514.

Referencia: consulta relacionada con la posibilidad de separar o no de su cargo de la Policía Nacional a un uniformado que resulte condenado por la comisión de un delito doloso o culposo y a la pena principal de prisión o arresto.

El señor Ministro de Defensa Nacional, doctor Rafael Pardo Rueda, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"Los artículos 123 y 84 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que contienen los estatutos que rigen la carrera del Personal Uniformado de la Policía Nacional, establecen " que el policía que sea condenado a la pena principal de prisión, por la Justicia Penal Militar o la Ordinaria, salvo la condena por delitos culposos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional".

De otra parte, el artículo 124 del Decreto 1212 preceptúa que: "El Oficial o suboficial que sea condenado a la pena principal de arresto o prisión por delitos culposos, será separado de forma absoluta de la Policía Nacional".

Sin embargo, en algunas ocasiones del condenado penalmente se le concede el beneficio de la condena de ejecución condicional, consagrada en los artículos 68 del Código Penal y 62 d el Código Penal Militar. Por lo anterior a, surge el interrogante de si las penas accesorias establecidas en los artículos 42 y 38 de los mismos Códigos, quedan en suspenso durante el periodo de prueba fijado, como sería el caso de la separación de la Policía Nacional o si por el contrario, la situación administrativa que prevén los estatutos de carrera, es independiente de la decisión penal, bastando simplemente que se haya producido la condena.

Cumpliendo con lo dispuesto en la circular del 21 de agosto de 1990, emanada de la Presidencia de la República, adjunto al presente los conceptos emitidos por el señor General Presidente del tribunal Superior Militar y la Oficina Jurídica de laPolicía Nacional, así como fotocopia de las disposiciones que regulan la materia.

Por lo expuesto, solicito comedidamente se conceptúa si el uniformado que resulte condenado por la comisión de un delito doloso o culposo y a la pena principal de prisión o arresto y se le concede el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, debe no ser separado en forma temporal o absoluta de la Policía Nacional, según el caso".

LA SALA CONSIDERA

1. Disposiciones constitucionales.

Según el artículo 216 de la Carta, la "Fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional".

El inciso 3º del artículo 217 agrega:

> "La ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio".

Por su parte el artículo 218 de la misma Carta expresa:

"La ley organizará el cuerpo de policía.
La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.
La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y **disciplinario** (subraya la Sala).

Lo anterior quiere decir que tanto las fuerzas militares como la Policía Nacional están sometidas, a un régimen particular de carrera, prestacional y **disciplinario** que la ley consagra para el efecto (subraya la Sala).

2. Régimen legal.

Dos son los ordenamientos más importantes que regulan el estatuto de Personal de Oficiales y suboficiales y agentes de la Policía Nacional: el Decreto Ley 1212 y el Decreto Ley 1213, ambos de 1990.

Dichos estatutos, consagran la "separación" como una sanción administrativa del uniformado, la cual puede ser absoluta o temporal. La primera ocurre cuando el oficial o suboficial de la Policía Nacional sea condenado a la pena principal de prisión por la justicia penal Militar o por la Ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos. Igualmente hay separación en forma absoluta cuando así lo determine el reglamento disciplinario de la Policía Nacional (art. 123 Decreto 1212 de 1990). También se prevé la separación absoluta para los agentes de la Policía Nacional) art. 84 Decreto 1213 de 1990).

Según dispone el artículo 124 del mismo Decreto 1212, la separación temporal está prevista para el caso en que un oficial o un suboficial sea condenado a la pena principal de arresto o prisión, por delitos culposos. Para los Agentes de la institución, se consagra en el artículo 85 del Decreto 1213, una sanción semejante, "por un tiempo igual al de la condena".

La separación, sin importar que se presente de manera absoluta o en forma temporal es un medio de desvinculación del servicio; y, de acuerdo a las disposiciones citadas con anterioridad, debe aplicarse inexorablemente siempre y cuando se dé cumplimiento a la normatividad legal que enumera las exigencias para proceder a ello.

Para efectos de la separación absoluta, deben considerarse los siguientes requisitos:

a) Que haya condena ya sea por parte de la justicia Penal Militar o por la justicia ordinaria;

b) Que la pena a la cual se condena, sea la principal de prisión; y

c) Que la condena no sea por delitos culposos.

Para la separación temporal:

a) Que haya condena, ya sea por la justicia penal militar o por la ordinaria;

b) Que la pena a la cual se condena, sea la principal de arresto o de prisión; y

c) Que la condena sea por delitos culposos.

2. El Código Penal en su artículo 68 el código Penal Militar en el 62 consideran a la condena de ejecución condicional como una especia de beneficio en favor de quien la recibe. La consagran en los términos siguientes:

Artículo 68 C.P. "En la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia, el juez podrá de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un periodo de prueba de dos(2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión.

2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario".

El artículo 62 del C.P. Militar, consagra similar disposición, adicionando un tercer requisito:

"Que no se trate de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor militar o policial, contra los bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa Nacional. contra la seguridad de las Fuerzas Armadas o de la Inutilización, Voluntaria, ni de peculado".(sic).

Igualmente, se dispone en los artículos 69 del C.P. y 63 del C.P. Militar que el juez al resolver sobre la condena de ejecución condicional, podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes. Los mismos estatutos establecen en forma Taxativa en sus artículos 42 y 38, en su orden, penas accesorias para casos especiales de infecciones en ellos previstos.

Resulta oportuno entonces diferenciar los "Estatutos Penales" que contienen normas sobre las conductas irregulares y sus correspondientes sanciones para todas las personas que infrinjan la ley penal, de los "Estatutos de Personal de uniformados de la Policía Nacional", que contienen normas de carácter especial aplicables sólo al personal vinculado a la institución.

Puede observarse que en el texto de la consulta se invocan para el caso propuesto normas penales comunes, y normas propias del derecho penal militar aplicables a quienes se hallen vinculados a la Policía Nacional, lo cual, conforme a las normas jurídicas citadas anteriormente en esta consulta, no es admisible.

En efecto, para los oficiales, suboficiales y agentes de la institución policial y en razón de la naturaleza de su servicio, son suficientemente claras las normas que contemplan las sanciones de la "Separación Absoluta" y la "Separación Temporal"; basta que se den los supuestos previstos que consagran los artículos 123 y 84 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, para que se suceda la situación administrativa de separación absoluta o las que consagran los artículos 124 y 85 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990 para que los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional sean separados temporalmente. Dichas normas no contemplan salvedades ni excepciones en su aplicación.

La condena bajo ejecución condicional está consagrada exclusivamente en el derecho penal, pero no en el administrativo; tanto es así, que las disposiciones de los estatutos de personal, también la consideran como una sanción disciplinaria cuando el reglamento de la Policía Nacional así lo determine (decreto 100 de 1989, en su artículo 101). Expresamente tal estatuto dispone la independencia de la acción disciplinaria, así: "Los correctivos se aplicarán, dentro de los límites y procedimientos señalados en este reglamento, sin perjuicio de la acción penal, civil o administrativa que pudiera desprenderse de la comisión de la falta"; y en la enumeración de los correctivos principales que en ella se hace, se incluye la separación absoluta (art. 85 ibídem).

3. Conclusiones

En consecuencia, los agentes y demás personal de la Policía Nacional están sometidos a un régimen especial contemplado en la misma ley como desarrollo de un mandato constitucional. Según disposiciones ya estudiadas de tal régimen, la separación absoluta se sucede cuando un agente de la Policía Nacional es condenado por la justicia penal militar o por la ordinaria a la pena principal de prisión; pero la norma no distingue en que la sanción se imponga por condena condicional o por condena definitiva, lo que de acuerdo con sanos principios de hermenéutica debe entenderse que cualquier tipo de sanción conduce a la separación absoluta.

Tanto es así, que la ley en la misma disposición agrega que tal separación no es procedente para "el caso de condena de delitos culposos".

Y es que la explicación de la naturaleza de la disposición es clara en sus fundamentos; no parece lógico, ni jurídico que se mantenga como miembro de la Policía Nacional a un agente, cuya tarea fundamental es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, así como asegurar a los habitantes de Colombia que convivan en paz, después de haber sido condenado penalmente por infracción de la ley, cometida mediante un hecho doloso.

Dado lo anterior, la Sala responde:

La condena de ejecución condicional no modifica el carácter condenatorio de la sentencia. La separación de la Policía Nacional, ya sea absoluta o temporal, se impone en todo caso sanción cuando el oficial, suboficial o agente sea condenado por sentencia judicial, en el primer caso a pena de prisión por delito doloso y en el segundo a pena de arresto o prisión por delito culposo.

Por lo demás, la situación administrativa a que conduce el hecho delictuoso, es independiente del correctivo de separación que resulta de aplicar la acción disciplinaria consagrada en el correspondiente reglamento de la institución policial.

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

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional y secretario de la Presidencia de la República.

*Humberto Mora OSejo,*con salvamento de voto; Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas; Javier Henao Hidron,* con salvamento de voto*; Roberto Suárez Franco; Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria de la Sala.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Radicación: 514: Consulta del Ministro de Defensa Nacional, relacionada con la posibilidad de separar o no de su cargo a un uniformado.

No comparto el concepto mayoritario por los siguientes motivos:

1. La condena condicional, en los casos en que procede, consiste en que el juzgador prescinde de hacer efectiva la pena principal y secundaria , durante el término legal, siempre que la persona condenada cumpla las obligaciones que se le impusieran. Si las incumple la condena debe hacerse efectiva.

2. La condena condicional tiene por objeto ofrecer al condenado que, "por su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible... no requiere tratamiento penitenciario"(artículo 68, número 2, del Código Penal), la posibilidad de rehabilitación mediante la observancia de buena conducta. Con este objeto, la pena se suspende de dos a cinco años (artículo 68 del Código Penal); se trata de verificar si en el lapso dispuesto por el juez, dentro del mínimo y máximo indicados, se logran o no las previsiones de ley. Esta no busca penar inexorablemente, a manera de un talión implacable, sino rehabilitar, y para ello utiliza subrogados penales, como la condena condicional, que implica, sustancialmente, no cumplir, bajo condición, la pena: Sólo si la persona condenada infringe su promesa, en el plazo de gracia, ella se debe cumplir. Por el contrario, si durante ese lapso observó buena conducta, la pena, principal y secundaria, se extingue definitivamente.

3. Los artículos 123 y 124 del Decreto-Ley 1212 y 84 y 85 del Decreto-ley 1213 de 1990 contemplen la separación definitiva y temporal del servicio de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional como consecuencia de sentencias condenatorias de carácter penal.

Considero que si los jueces de las jurisdicciones ordinarias y militar impusieron al personal uniformado de la Policía Nacional sentencias condenatorias, con el beneficio de la condena condicional, mientras subsista la condición no es posible retirarlos del servicio **porque esas decisiones, que sería la única causa de la separación del servicio, están suspendidas durante el plazo de gracia o de prueba dispuesto por el juez**. En consecuencia, para poder separar del servicio temporal o definitivamente a los oficiales, suboficiales y policías **condenados condicionalmente, se requeriría -lo que no es la hipótesis de la consulta - que antes infrinjan, en el plazo de gracia, las condiciones que les impusiera el juez y que, en consecuencia, se ordene cumplir las penas principal y secundaria**.

4. Lo contrario lleva a desconocer - como sucedió con la mayoría - que el concepto de la condena fue condicional o, lo que es peor, a afirmar, ilógicamente, que las condenas condicionales, dispuestas por los jueces penales de las jurisdicciones ordinaria y militar, no son condicionales para los solos efectos de disponer la separación del servicio, temporal o definitiva, de los condenados condicionalmente; pero

todo eso es contrario al supuesto de hecho de la consulta: las condenas fueron condicionales, En consecuencia, sólo si se cumple la condición hay condena y al existencia de ésta es condición esencial para que se pueda disponer la separación del servicio, temporal o definitiva, de los condenados.

5. De lo expuesto se deduce que si no existe la causa eficiente - que en este caso sería la sentencia condenatoria no condicionada - tampoco puede disponerse la separación del servicio del personal condenado condicionalmente. Y si éste tiene la posibilidad de hacer que la condena es extinga -por su buena conducta en el período de prueba- con mayor razón puede -por el mismo - evitar que se produzca su separación -temporal o definitiva-del servicio.

6. La mayoría invoca los artículos 69 del Código Penal y 63 del Código Penal Militar y afirma que, según ellos, el juez "podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes". Agrega que los artículos 42 y 38 de esos códigos establecen "penas accesorias para casos especiales de infracciones en ellos previstos".

Pero estos argumentos son inconsecuentes, porque la hipótesis de la conducta consiste, no en que los jueces ordenaron cumplir penas no privativas de la libertad, ni en que pusieron otras penas accesorias, sino en que algunas penas, principales y accesorias, se impusieron con el beneficio de la condena condicional. Además, las penas no privativas de la libertad, que el juez puede ordenar cumplir, y otras "penas accesorias", que en casos especiales impone, como es obvio, tienen carácter judicial y son completamente diferentes de la separación administrativa, temporal o definitiva, del personal uniformando de la Policía Nacional conforme a lo dispuesto por los artículos 123 y 124 del Decreto-Ley 1212 y 84 y 85 del Decreto-Ley 1213 de 1990.

7. La mayoría afirma que las sanciones administrativas no son condicionales. Aparte de no ser clara la intención de este argumento, las sanciones administrativas, como las penales, de ordinario no son condicionadas; pero excepcionalmente, como las de carácter penal, las administrativas pueden, en algunos aspectos, imponerse bajo condición, como sucede con la de multa que, en los casos dispuestos por la ley, si no es satisfecha en el plazo señalado, se convierte en arresto. Además, la separación , temporal o definitiva, del personal uniformado de la Policía Nacional, en este caso no constituye falta disciplinaria, sino que es la consecuencia directa de las sanciones de carácter penal. En consecuencia, la existencia de éstas, en forma incondicional, es la condición indispensable para que pueda disponerse su separación del servicio. Por el contrario, si las condenas son condicionales, no es posible ordenar aquella sin desconocer las sentencias mediante las cuales fueron impuestas: sólo si los fallos no son condicionales pueden cumplirse las penas, principales y accesorias, y sus consecuencias administrativas, como es la separación, definitiva y temporal, del servicio del personal uniformado que fuera condenado.

8. La Sala, en concepto de 13 de junio de 1991 (Expediente 391), del que fue ponente el doctor Jaime Betancur Cuartas, con la única discrepancia del doctor

Jaime Paredes Tamayo, a propósito de un alcalde condenado condicionalmente, prohijó un criterio completamente opuesto al que ahora motiva mi discrepancia, a saber:

"El alcalde que sea condenado, por sentencia ejecutoriada a una pena privativa de la libertad y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, se recibiere del juez el beneficio de la condena condicional para ambas penas, podrá continuar en el desempeño de su cargo mientras no infrinja las obligaciones impuestas por el mismo juez. Sólo en este caso de inobservancia de las obligaciones impuestas por el juez las penas se harían efectivas, y la persona que ejerza el cargo de alcalde no podría continuar desempeñándolo. En este evento la Procuraduría General de la Nación debe ejercer las funciones de vigilancia administrativa para todos loe efectos legales" (He subrayado).

De manera que, según el transcrito concepto, como mediante sentencia se condenó condicionalmente a un alcalde a una pena privativa de la libertad, tiene derecho a continuar en el cargo de alcalde mientras subsista el carácter condicional de la sentencia, se extinga la condición por el vencimiento del período de prueba o termine su período constitucional. Lo mismo correspondía responder a la nueva consulta: ni las sentencias que condenaron condicionalmente al personal uniformado de la Policía Nacional ni las medidas administrativas consecuenciales pueden cumplirse mientras no se cumpla su respectiva condición.

9. La solución jurídica es la misma para todos los empleados, sean ministros, gobernadores, alcaldes, oficiales, suboficiales o agentes de la Policía Nacional. Pero cabe destacar la importancia del concepto de la Sala, de 13 de junio de 1991, antes transcrito, relativo a la situación de un alcalde municipal que, no obstante ser la suprema autoridad administrativa del municipio, con facultades de dirección sobre la policía local, tiene derecho a permanecer en el cargo porque, mediante sentencia, fue condenado condicionalmente a una pena privativa de la libertad: sólo si no observa las obligaciones impuestas por el juez, durante el período de prueba, es posible cumplir la sentencia.

10. En fin, aunque el artículo 216 de la Constitución dispone que la "Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional", el articulo 218 ibídem agrega que la "Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil...", Para garantizar "el ejercicio de los derechos y libertades públicas" y lograr la convivencia pacífica de los habitantes.

Sin embargo, tampoco vale adquirir que la Policía Nacional, como cuerpo armado de la Nación hace indispensable separar del servicio, temporal o definitivamente, al personal uniformado aunque esté condenado condicionalmente, porque aunque "es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil", de todos modos, aun en el supuesto que fuere de carácter militar, la conclusión sería la misma "la separación temporal o definitiva, del servicio del personal uniformado de la Policía Nacional no puede cumplirse mientras subsista la condena condicional, porque ésta implica imposibilidad de cumplir las penas, principales y accesorias, y las consecuencias administrativas de las mismas.

Además, la condena condicional, que rige en las jurisdicciones ordinaria y penal militar, en ambas produce idénticas consecuencias: ni la sentencia condenatoria ni las medidas complementarias pueden cumplirse durante su vigencia.

Sin embargo, su régimen difiere en cuanto el artículo 62 del Código Penal Militar, a los requisitos comunes a las dos jurisdicciones para que se pueda disponer la condena condicional, agrega otro, a saber: "que no se trata de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor militar o policial, contra los bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa Nacional", contra las fuerzas militares ni de peculado.

De manera que, por tratarse de procesos adelantados contra miembros de las fuerzas militares, la condena condicional es más restrictiva que en la jurisdicción ordinaria; pero, en los casos en que procede, tiene idénticas consecuencias jurídicas: ni la sentencia condenatoria ni las medidas administrativas consecuenciales pueden cumplirse mientras esté vigente.

En conclusión: Considero que la Sala debió contestar, como en el concepto de 13 de junio de 1991, que mientras subsista la condena condicional, jurídicamente no es posible cumplir las penas, principales y accesorias, ni la medida consecuencial de separación, temporal o definitiva, impuestas al personal uniformado de la policía Nacional.

Fecha ut supra.

Humberto Mora Osejo

VICEPRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Inhabilidades.

No puede ser vicepresidente de la República el individuo que no disponga de la calidad esencial y primaria para ostentar esa dignidad, que es la de ser ciudadano en ejercicio. Como tampoco quien no sea colombiano por nacimiento, o no sea mayor de treinta años. Aún reuniendo dichas calidades, están inhabilitados por mandato constitucional para acceder a la investidura de Vicepresidente y eventualmente para desempeñar el cargo de Presidente de la República, los siguientes individuos: Quien haya sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado. Quien sea Vicepresidente, lo cual significa que el Vicepresidente no podrá ser elegido para el período inmediato. Se agrega que tampoco podrá ser elegido Presidente de la República, cuando durante el respectivo cuatrienio hubiere ejercido la presidencia por un lapso igual o superior a tres meses, en forma continua o discontinua. Igualmente y como consecuencia de que la ciudadanía en ejercicio es condición previa e indispensable, entre otros aspectos, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción afectan dicha calidad las siguientes circunstancias individuales, que provienen de la ley: la de estar cumpliendo, como principal o accesoria, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, la de haber sido destituido de un empleo público u oficial, dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la elección. Las inhabilidades contempladas en el art.197 de la Constitución Política para el Presidente, no son aplicables para la elección de Vicepresidente de la República.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Javier Henao Hidrón.*

Referencia. Radicación número 520: Consulta sobre las inhabilidades para ser elegido Vicepresidente de la República.

El señor secretario Jurídico de la presidencia de la República remitió a esta Sala, en cumplimiento de atribuciones que le confiere el art. 112 del Código Contencioso Administrativo, la consulta que formula el señor Ministro de Gobierno, doctor Fabio Villegas Ramírez. La cual está concebida en los siguientes términos:

> El artículo 191 de la Constitución establece que para ser elegido Presidente de la República se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años. A su vez el artículo 204 ibídem, establece que para ser elegido Vicepresidente se requieren las mismas calidades que para es Presidente de la República.
>
> En las normas anteriores la Constitución extiende las calidades del Presidente para el Vicepresidente, pero no lo hace respecto de las inhabilidades, razón por la cual se consulta:
>
> 1. Las inhabilidades contempladas en el artículo 1976 de la Constitución Política para el Presidente, son aplicables para la elección de Vicepresidente de la República?
>
> 2. Si la respuesta es negativa, cuáles serían las inhabilidades aplicables para la elección de Vicepresidente a la luz de las normas generales?

LA SALA CONSIDERA

I. **Concepto.** Las **inhabilidades** son aquellas circunstancias que la Constitución o la ley, por razones de ética administrativa y bien común, han erigido en impedimentos para que un individuo pueda ser elegido o nombrado para un empleo público y, por ende, implican la prohibición de desempeñarlo.

El régimen de inhabilidades representa una excepción al derecho constitucionalmente conferido a todos los ciudadanos, que consiste en participar en el ejercicio del, poder político y en la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. (art. 40 de la Constitución).

Por consiguiente, para que un individuo se encuentre inhabilitado para desempeñar un determinado cargo público, se exige que la circunstancia que sirve de causa a la inhabilidad esté expresamente señalada en la carta Política o en la ley.

Las inhabilidades constituyen una materia en la cual se excluye toda forma de aplicación analógica, característica que obliga a su interpretación restringida y rigurosa.

De lo expuesto se infiere que, no concurriendo causal alguna de inhabilidad, el ciudadano estará en condiciones de entrar a ejercer un cargo público. Sin embargo,

el Estado de Derecho también suele exigir el cumplimiento de otras calidades, que de no ser satisfechas por el aspirante, constituirán igualmente causales que impedirán su legitimo desempeño; las mismas suelen comprender aspectos tales como la nacionalidad originaria, un mínimo de edad, la experiencia o la versación, de acuerdo con la clase y categoría del empleo público.

II Desarrollo constitucional. Un repaso de la manera como el constituyente ha regulado en la última centuria la materia de que se ocupa la Sala, en lo atinente al Presidente de la República y a la persona encargada de reemplazarlo (Vicepresidente , Designado), demuestra que el tratamiento en lo respecta a calidades ha sido idéntico. En cambio, las causales de inhabilidad, han sido siempre más estrictas para el Presidente que para su eventual sucesor.

2.1 **En la Constitución de 1886 y sus reformas.** El Presidente de la República era elegido por las Asambleas electorales para un período de seis años y requería "la mismas calidades que para ser senador".(Ibídem, arts. 114 y 115).

En cuanto al Vicepresidente, se disponía que será elegido al mismo tiempo, por los mismos electores y para el mismo período que el Presidente. Sus cualidades eran idénticas a las exigidas al primer mandatario y consistían en "ser colombiano de nacimiento y ciudadano no suspenso, tener más de treinta años de edad y disfrutar de mil doscientos pesos, por los menos, de renta anual, como rendimiento de propiedades o fruto de honrada ocupación".(Ibídem, arts. 94, 128 y 129).

Pero cuando las faltas del Presidente no pudieren, por cualquier motivo, ser llenadas por el Vicepresidente, el ejercicio de la presidencia correspondía a un designado, quien era elegido por el congreso para cada bienio.

La inhabilidad constitucional consistía en que el Presidente de la República no podía ser reelegido para el período inmediato, "si hubiere ejercido la presidencia dentro de los diez y ocho meses inmediatamente precedentes a la nueva elección", como tampoco el ciudadano que hubiere sido llamado a ejercer la presidencia y la hubiere ejercido "dentro de los seis últimos meses precedentes al día de la elección del nuevo Presidente" (ibídem art. 127).

En el año de 1905, la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa decidió tajantemente la supresión de "los cargos de Vicepresidente de la República y de Designado para ejercer el poder Ejecutivo". De modo que el Presidente sería reemplazado, en caso de falta temporal, por el ministro que él mismo designara y en caso de falta absoluta, por el ministro que escoja el Consejo de Ministros por mayorías absoluta de votos.

El constituyente de 1910 dispuso que el Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos " que tienen derecho a sufragar para Representante" (se exigía saber leer y escribir o tener determinada renta

anual o propiedad inmueble, restricción que suscitó hasta 1936); y no sólo disminuyó a cuatro años el período sino prohibió la reelección presidencial para el subsiguiente.

Perpetuó, además, que en caso de falta temporal del Presidente de la República, y en caso de falta absoluta "mientras se verifica nueva elección", será reemplazado, en su orden, por el primero o el segundo Designado que el congreso elegirá cada año.

La revisión efectuada en 1945 procesó que "El Encargado de la Presidencia continuará ejerciéndola cuando falten dos años omenos para terminar el periodo, sin convocar a nuevas elecciones", procedimiento de elecciones presidenciales intermedias que fue definitivamente abolido por el Acto Legislativo número 1 de 1959. Y como consecuencia de haber suprimido la investidura de segundo Designado, atribuyó al congreso la elección cada de años de un Designado, con vocación para reemplazar al Presidente en caso de falta de éste.

El constituyente de 1968 agregó a los requisitos para ser Presidente (que siguieron siendo los mismos que para senador), el desempeño cuando menos de un cargo publico de importancia a nivel Nacional o departamental haciendo al respecto una enumeración a la que presentó como alternativa el profesorado universitario o el ejercicio de una profesión con título académico, en ambos casos por un término de cinco años. En cuanto a inhabilidades, dispuso que no podrá ser elegido Presidente de la República "ni Designado" el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la presidencia dentro del año inmediatamente anterior a la elección; ni tampoco ser elegido Presidente, el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los cargos de ministro o viceministro del despacho. magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Consejero de Estado, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, jefe de departamento Administrativo y Registrado Nacional del Estado Civil.

2.2 **En la constitución de 1991.** Las calidades adicionales que la enmienda de 1968 había exigido para ser Presidente de la República, fueron suprimidas, retornándose a los requisitos tradicionales, que simplemente consisten en ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años.,

Empero, las inhabilidades fueron mejor precisadas, así: no podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la presidencia (para el Vicepresidente existe una regulación especial); ni tampoco quien hubiere sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; ni quienes hayan perdido la investidura de congresistas; ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquier de los cargos que menciona el inciso final del art. 197.

Restablecida la institución de la vicepresidencia, el Vicepresidente será elegido el mismo día y en la misma formula con el Presidente, debiendo reunir las mismas calidades que éste. Al mismo tiempo, le fueron creadas dos inhabilidades, consisten-

tes en que no podrá ser reelegido como Vicepresidente para el período inmediato y en que no podrá ser elegido Presidente, si hubiere ejercido la presidencia por tres meses a lo menos, en forma continua o discontinua, durante el cuatrenio.

III: **Las inhabilidades del Vicepresidente.** La Sala considera que **no puede ser** Vicepresidente de la República el individuo que no disponga de la calidad esencial y primaria para ostentar esa dignidad, que es la de ser ciudadano en ejercicio. Como tampoco quien no sea colombiano por nacimiento, o no sea mayor de treinta (30) años (Constitución Política, art., 204 inciso primero en concordancia con el art. 191 ibídem).

Aún reuniendo dichas calidades, están inhabilitados por mandato constitucional para acceder a la investidura de Vicepresidente y eventualmente para desempeñar el cargo de Presidente de la República, los siguientes individuos:

3.1 Quien haya sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado. (art. 122 inciso final).

3.2 Quien sea Vicepresidente, lo cual significa que el Vicepresidente no podrá ser reelegido para el período inmediato (art. 204 inciso segundo). Se agrega que tampoco podrá ser elegido Presidente de la República, cuando durante el respectivo cuatrenio hubiere ejercido la presidencia por un lapso igual o superior a tres meses, en forma continua o discontinua. (art. 197 inciso primero y 204 inciso segundo).

Igualmente y como consecuencia de que la ciudadanía en ejercicio es condición previa e indispensable, entre otros aspectos, **para ser elegido** y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción (Carta Política, art., 99), afectan dicha calidad las siguientes circunstancias individuales, que provienen de la ley:

3.3 La de estar cumpliendo, como principal o accesoria, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas. (Código Penal, arts. 42-3, 50 y 52). y

3.4 La de haber sido destituido de un empleo público u oficial, dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la elección (Código Penal, art. 51).

LA SALA RESPONDE

1. Las inhabilidades contempladas en el artículo, 197 de la Constitución Política para el Presidente, no son aplicables para la elección de Vicepresidente de la República.

2. Las inhabilidades aplicables para la elección de Vicepresidente a la luz de las normas generales, son las especificadas en el aparte III de los conside-

randos que han servido como fundamento para absolver la consulta formulada por el Gobierno.

Para dar cumplimiento a la disposición contenida en el art. 112 del Código Contencioso Administrativo, transcríbase, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Gobierno y al señor 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.

FER DE SANTAFE DE BOGOTA D.C. / FUNCIONARIO ADMINISTRATIVO / AUXILIO DE CESANTIA / CONSIGNACION EN EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO / CESANTIAS-Intereses

El Fondo Nacional del Ahorro debe responder por el valor de las cesantías y sus intereses a los empleados y trabajadores oficiales del FER por el período 1980-1986 conforme a las normas que reglamentan tal liquidación. El Fondo Nacional de Ahorro debe recibir los aportes del auxilio de cesantía de los funcionarios administrativos del fondo Educativo Regional de Santafé de Bogotá D.C. correspondientes al tiempo comprendido entre 1980 y 1986. Los respectivos intereses sobre la cesantía deben ser cubiertos por el FER, en la eventualidad de que la trasferencia de tales dineros sea extemporánea y atribuible a culpa del FER; si la causa de no haberse concretado la transferencia fue originada por el no recibo injustificado del Fondo Nacional de Ahorro, éste será responsable de tales intereses. La liquidación y ahorro en la cuenta de cada servidor oficial de los intereses a la cesantía está asignado por la ley al Fondo Nacional de Ahorro, para el presente caso por el período comprendido entre 1980 y 1986; dicho Fondo puede repetir contra el FER por el monto de las cesantías. Si éste no ha pagado el monto de las cesantías se causa un crédito a favor del Fondo Nacional del Ahorro incluyendo los intereses que, eventualmente, pueden ser los de mora (2 mensual).

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Roberto Suárez Franco.*

Radicación Nº 525.

Referencia: Consulta relacionada con los aportes de cesantías de los empleados administrativos del Fondo Educativo Regional FER de Santafé de Bogotá, D.C. Radicación Nº 525.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Educación Nacional, doctora Maruja Pachón de Villamizar, formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

I. ANTECEDENTES

Los funcionarios administrativos que laboran en el Fondo Educativo Regional de Santafé de Bogotá, entidad adscrita al Ministerio de Educación Nacional, son empleados del orden nacional (Decreto 102 de 1976, artículo 4º, Decreto 378 de 1976, artículos 6º y 7º, Decreto 878 de 1977, artículo 1º y Decreto 2133 de 1987).

Por mandato legal, a partir de la vigencia del Decreto-ley 3118 de 1968, el Fondo Nacional de Ahorro es el establecimiento público encargado básicamente de recaudar las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, de manejar dichos recursos conforme a la ley y sus estatutos; y de cubrir el valor de auxilio de cesantía de sus beneficiarios cuando a ello hubiere lugar.

El mencionado Decreto-Ley en su artículo 49 obliga a la Nación, los establecimientos públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1º de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores.

La Ley 48 de 1981 en su artículo 4º obliga a las entidades vinculadas al Fondo Nacional de Ahorro a transferir a dicho organismo, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, el valor de la doceava causada en el mes inmediatamente anterior.

En el mismo Decreto-Ley 3118 de 1968 en sus artículos 3º, 27, 31, 32 y 49 señala el procedimiento a seguir para la liquidación de las cesantías.

El artículo 3º de la Ley 41 de 1975 que sustituyó el artículo 33 del Decreto-Ley 3118 de 1968, asignó al Fondo Nacional de Ahorro la función de liquidar y abonar en la cuenta de cada servidor oficial intereses a la tasa del 12% anual sobre los saldos que por concepto de cesantía figuren a favor del respectivo asalariado a 31 de diciembre de cada año.

El artículo 27 del Decreto-Ley 3118 de 1968, prevé:

"Cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los Ministerios, departamentos administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, liquidarán las cesantías que anualmente se causen en favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador".

El Fondo Educativo Regional - FER de Santafé de Bogotá, no reportó dentro de los plazos que ordena la ley las liquidaciones de cesantías de algunos funcionarios administrativos durante los años 1980 a 1986.

El artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, define el principio de eficacia así:

"En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias".

El Decreto Ley 3118 de 1968, ni su decreto reglamentario 1091 de 1969, consagran prohibiciones al Fondo Nacional de Ahorro, para recibir los aportes de cesantías después de haber transcurrido determinado tiempo.

Sin embargo, el Fondo Nacional de Ahorro no acepta los reportes de cesantías del Fondo Educativo Regional - FER de Santafé de Bogotá correspondientes a los años 1980 a 1986, fundamentándose en el vencimiento del plazo estipulado en el artículo 4º de la Ley 48 de 1981.

El artículo 121 de la Constitución Política señala:

"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley ".

En virtud de este precepto constitucional, es claro que el Ministerio de Educación Nacional, ni el FER de Santafé de Bogotá, pueden abrogarse la facultad legal de administrar y pagar dichas cesantías.

Formulados los anteriores planteamientos, se CONSULTA:

A. Al existir el presupuesto correspondiente está obligado el Fondo Nacional de Ahorro a recibir los aportes del auxilio de cesantía de los empleados administrativos del fondo Educativo Regional de Santafé de Bogotá, correspondiente al tiempo comprendido entre 1980 a 1986?.

B. En el caso de estar obligado el Fondo Nacional de Ahorro a recibir el auxilio de cesantía, a qué entidad correspondería la liquidación y abono en la cuenta de cada servidor oficial de los intereses a la tasa del 12% anual, sobre los saldos que por concepto de cesantía figuren a favor del respectivo asalariado el 31 de diciembre de cada año?

Fundamentos jurídicos de la consulta:

a) Constitución Política, artículo 121.

b) Código Contencioso Administrativo, artículo 3º

c) Decreto-Ley 3118 de 1968.

d) Ley 48 de 1981, artículo 4º

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Fondo Nacional de Ahorro.

1. Decreto-Ley 3118 de 1968, por medio del cual fue creado el Fondo Nacional de Ahorro, dispone en su artículo 1º, que se constituye, entre otros, con los siguientes recursos:

"a) Las cesantías de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales que se liquiden y consignen en el Fondo conforme a las disposiciones del presente decreto;...".

Los objetivos del Fondo, están expresamente determinados en el artículo 2º Ibídem y son:

Pagar **oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales; reconocer intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador** (subraya la Sala) como medida de protección de dicho auxilio; contribuir a la solución del problema de vivienda de los funcionarios del Estado; contribuir a mejorar la organización y funcionamiento de la seguridad social; saldar el déficit por cesantías del sector público y promover el ahorro nacional.

2. El mismo decreto dispone la liquidación y pago de cesantía a 31 de diciembre de 1968 (arts. 22 y ss) y la forma y plazos de las consignaciones e intereses que las entidades afiliadas deben efectuar en favor del Fondo (arts. 47 y 50).

El artículo 51, por su parte, establece respecto de los intereses moratorios, lo siguiente: "La mora de los establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado en consignar en el Fondo el valor de las cesantías o de los intereses, conforme a lo dispuesto en el presente decreto, dará el Fondo **derecho para exigir las sumas respectivas por la vía ejecutiva y para cobrar sobre ellas intereses de dos (2) por ciento ,mensual por el tiempo de la mora"** (subraya la Sala).

3. De otra parte, el artículo 3º del Decreto Ley 1253 1975, modificatorio del artículo 33 del Decreto-Ley 3118 de 1968, asignó como obligación para el Fondo Nacional de Ahorro, la de liquidar y abonar "en cuenta intereses del 12 por ciento anual sobre las cantidades que a 31 de Diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantías que se encuentren en poder de establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47 del Decreto 3118 de 1968".

El artículo 4º de la Ley 48 de 1981 dispuso que "Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, las entidades vinculadas al Fondo Nacional de Ahorro transferirán

a dicho organismo el valor de la doceava causada en el mes inmediatamente anterior, liquidada y girada según lo dispuesto en los dos artículos anteriores".

II. Fondo Educativo Regional de Santafé de Bogotá D.C.

Los fondos educativos regionales fueron autorizados por el Decreto 3157 de 1968 que en su artículo 31 establece "Los Fondos Educativos Regionales serán administrados por las autoridades del respectivo Departamento, Distrito Especial o Area Metropolitana"; para ello están supervisados por un delegado, funcionario del Ministerio de Educación Nacional, con funciones asignadas por el Gobierno Nacional; se tiene entonces que los FER son entidades del orden nacional, y sus funcionarios administrativos son empleados públicos o trabajadores oficiales del orden nacional, según precepto expreso contenido en el artículo 1º del Decreto 878 de 1977 "por el cual se adopta el modelo de adición al contrato de organización y actualización de los Fondos Educativos Regionales, FER, en los Departamentos, Intendencias, Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá". Dispone en el artículo 1º: "Los contratos de reorganización y actualización de los Fondos Educativos Regionales, FER que ha celebrado el Ministerio de Educación Nacional con los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá se actualizarán mediante la siguiente adición: ...

"Sexta. Los funcionarios administrativos del FER son funcionarios nacionales que están, por virtud de la delegación ordenada en la ley y formalizada en el contrato, bajo la jurisdicción y autoridad del Gobierno departamental (intendencial, comisarial, distrital), el cual ejercerá dicha jurisdicción y autoridad con sujeción estricta a las normas sobre educación nacional y régimen de los empleados públicos y trabajadores oficiales.."

III. Con fundamento en la transcrita legislación se concluye que:

a) Los FER son afiliados forzosos del Fondo Nacional de Ahorro;

b) Los FER como, entidad nacional, están obligados a cumplir las condiciones y términos señalados en los preceptos legales;

c) A su vez, el Fondo Nacional de Ahorro, como establecimiento público del orden nacional, tiene la obligación de cumplir con los objetivos para los cuales fue creado, y particularmente con relación a los FER.

El planteamiento de la consulta, se concreta a una situación de hecho, originada primordialmente en el incumplimiento del plazo de los FER de hacer los aportes de la cesantía de sus funcionarios al Fondo Nacional de Ahorro y, seguida de la no aceptación de los aportes extemporáneos por parte de este último. Por tanto, deben distinguirse dos situaciones:

1. Responsabilidad del pago del auxilio de cesantía y sus intereses a los funcionarios del FER.

Los directamente afectados por la situación antedicha, son empleados públicos o trabajadores oficiales al servicio del Fondo Educativo Regional, quienes de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Ley 3118 de 1968, solamente podrían obtener el reconocimiento y pago de dicho auxilio y los beneficios de ahorro y vivienda, del Fondo Nacional de Ahorro; no obstante el Fondo Nacional de Ahorro debe cubrir, a los empleados públicos o trabajadores oficiales oportunamente su cesantía y los intereses correspondientes.

2. Responsabilidad del FER y del Fondo Nacional de Ahorro.

Otra es la situación entre las entidades públicas mencionadas, involucradas en el caso consultado. Como se afirma el Fondo Nacional de Ahorro es la única entidad que está facultada legalmente para pagar el auxilio de cesantía y el reconocimiento de sus intereses a los funcionarios del FER (art. 2º D.L. 3118/68); para ello debe contar con los recursos correspondientes; no puede, sin incurrir en omisión de sus funciones, con la responsabilidad que ello implica para sus funcionarios, abstenerse de recibir los aportes en mención, aunque estos se hagan en forma extemporánea, caso en el cual los aportes consignados fuera del plazo, deberán incluir también los intereses del 2 por ciento en el caso de ser moratorios (artículos 3º del Decreto 1253 de 1975 y 51 del Decreto Ley 3118 de 1968). Pero otra es la situación respecto de los aportes que los FER tuvieron a disposición del Fondo, pero que este se abstuvo de aceptar; los intereses, en este ultimo caso, deberán ser responsabilidad del Fondo Nacional de Ahorro. Todo lo anterior sin perjuicio de la obligación que tiene dicho Fondo de pagar dichas cesantías y sus intereses a empleados y trabajadores al servicio del Estado.

Ahora bien, el Fondo EducativoRegional de que se trata- Santafe de Bogotá; tenía la obligación legal ineludible de efectuar las liquidaciones de cesantías, cada año calendario desde el 1º de enero de 1969; (art.27 D.L. 3118/68); también la de transferir al Fondo Nacional de Ahorro, el valor de la doceava causada en el mes inmediatamente anterior, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes (art. 4º ley 48/81).

La falta de cumplimiento en las liquidaciones y su consiguiente transferencia al Fondo Nacional de Ahorro, haría responsable al FER por tal emisión y no a sus empleados quienes tienen derecho a percibir la cesantía y sus intereses y que no pueden resultar perjudicados por un hecho ajeno a su voluntad. La obligación fundamental del FER consistía en entregar los aportes correspondientes para que el Fondo Nacional de Ahorro logre, a través de inversiones rentables, obtener los rendimientos indispensables para cubrir los intereses de las cesantías.

Si ello no fue posible total o parcialmente por culpa del FER, ésta entidad tendrá que responder ante el Fondo Nacional de ahorro; si éste fue el responsable, el pago de los intereses será integralmente por cuenta suya.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala absuelve la consulta en los siguientes términos:

a) El Fondo Nacional de Ahorro debe responder por el valor de las cesantías y sus intereses a los empleados y trabajadores oficiales del FER por el periodo 1980-1986 conforme a las normas que reglamentan tal liquidación.

b) El Fondo Nacional de Ahorro debe recibir los aportes de auxilio de cesantías de los funcionarios administrativos del Fondo Educativo Regional de Santafé de Bogotá D.C. correspondientes al tiempo comprendido entre 1980 y 1986. Los respectivos intereses sobre la cesantía deben ser cubiertos por el FER, en la eventualidad de que la transferencia de tales dineros sea extemporánea y atribuible a culpa del FER; sin la causa de no haberse concretado la transferencia fue originada por el no recibo injustificado del Fondo Nacional de Ahorro, éste será responsable de tales intereses.

c) La liquidación y abono en la cuenta de cada servidor oficial de los intereses a las cesantías está asignado por la ley al Fondo Nacional de Ahorro, para el presente caso, por el período comprendido entre 1980 y 1986; dicho Fondo puede repetir contra el FER por el monto de las cesantías. Si éste no ha pagado el monto de las cesantías se causa un crédito a favor del Fondo Nacional de Ahorro incluyendo los intereses que, eventualmente, pueden ser los de mora (2% mensual).

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por la Ministra de Educación Nacional.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a la señora Ministra de Educación Nacional y al señor 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.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA/EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO/TEORIA DE LA IMPREVISION/CONTRATO DE OBRA PUBLICA/CONTRATO A PRECIOS UNITARIOS/REAJUSTE AUTOMATICO/PROPUESTA/CONTRATACION DIRECTA

Si entre la fecha de cierre de una licitación, y la fecha de perfeccionamiento del contrato se produce un aumento de precios, éste por si mismo no puede considerarse como una circunstancia excepcional imprevisible porque para que aquella exista se requiere que el contrato esté perfeccionado. De la lectura de una cláusula sobre reajuste de precios que se refiera al factor 1º, equivalente al "índice en el mes de fijación de los precios unitarios o de la presentación de la propuesta" debe entenderse que la expresión "índice en el mes de fijación de los precios unitarios" corresponde exactamente al mes en que acordaron los precios unitarios por los contratantes, cuando no existe propuesta presentada por el contratista. El Director de la entidad pública que aplique la cláusura de reajuste mencionada, tendrá en cuenta si en el contrato existe propuesta o, si por el contrario, a falta de ella, simplemente se fijaron los precios unitarios por los contratantes, lo que en cada caso, implica la utilización de uno de los índices expresados en el factor 1º, pero nunca los dos en forma simultánea, ni tampoco se podrá aplicar el factor de fijación de precios unitarios cuando haya propuesta o viceversa porque, como se indicó, se excluyen. Los procedimientos legales que rigen la interpretación de los contratos que celebren las entidades públicas, deben ser observados en todos los casos. Autorizada su publicación el 18 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Consejero Ponente: Dr. *Jaime Batancur Cuartas.*

Santafé de Bogotá, D.C., julio dos (2) de mil novecientos noventa y tres.

Radicación Nº 526.

Consulta sobre la interpretación y alcances de algunas cláusulas pactadas en varios contratos suscritos por el Instituto Colombiano de Hidrología y adecuación de Tierras-HIMAT.-.

El señor Ministro de Agricultura ha formulado la siguiente consulta:

ANTECEDENTES

1. Se abrió una licitación, la cual culminó con la adjudicación del respectivo contrato de obra pública a precios unitarios, dentro del término establecido en el pliego de condiciones.

2. Una vez suscrito y legalizado el contrato, en cumplimiento del estatuto de la Contratación Administrativa, se adelantaron los trámites de perfeccionamiento del mismo, los cuales culminaron con la providencia del H. Consejo de Estado que lo declaró ajustado a la ley.

3. El parágrafo 3º de la cláusula séptima del contrato reza "Para cubrir el mayor valor de los trabajos que por aumento en los costos pueda ocurrir en relación a la propuesta del contratista, la entidad, reconocerá, como única compensación por dicho aumento, un reajuste automático sobre los precios unitarios originalmente propuestos, reajuste que se calculará y consignará en acta elaborada y suscrita por el Interventor y el Contratista. El cálculo se hará aplicando la siguiente fórmula: P=Po x I/Io (proposiciones Nº 6757 y 6758 del 18 de agosto de 1965-MOP) P= Valor de la obra reajustada; Po= valor de obra según los precios unitarios del contrato; I= índice correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del programa de trabajo a que hace referencia la cláusula novena.

El costo de la obras ejecutadas en fechas posteriores a la programadas, se reajustará, tomando los índices de reajuste correspondientes a los meses en que las obras fueron programadas; Io. Índice en el mes de fijación de los precios unitarios o de la presentación de la propuesta. Grupo I: Comprende aquellos trabajos en que predomine el uso de maquinaria sobre el de mano de obra. Grupo II y IIA: Incluye aquellos trabajos en los que predomine la mano de obra sobre la maquinaria. Para la calificación de los trabajos correspondientes a cada grupo, se seguirá lo dispuesto en el Item 3.31 del Pliego de Condiciones".

Con base en las anteriores premisas y en aras de una correcta interpretación de los contratos, considero procedente formular la siguiente.

CONSULTA:

Primero. Si entre la fecha de cierre de una licitación y la fecha de perfeccionamiento del contrato con la providencia del H. Consejo de Estado que lo declara

ajustado a la ley, transcurre un término cercano a un año y medio, el alza de los precios de los trabajos por el transcurso del tiempo puede considerarse como circunstancia excepcional e imprevisible que genere el desequilibrio económico del contrato?.

Segundo. En el parágrafo transcrito, al referirse al Io, se lee: "Io=Indice en el mes de fijación de los precios unitarios o de la presentación de la propuesta".

Con base en su lectura puede interpretarse que la expresión "...índice en el mes de fijación de los precios unitarios..." corresponde al mes de elaboración de la propuesta.

Tercero. Frente al hecho de aplicación de la cláusula de reajuste automático, puede el Director de la entidad pública contratante escoger una de las dos expresiones empleadas dentro del significado del término lo según el parágrafo transcrito, y su interpretación constituye un mecanismo para hacerla eficaz?

La sala considera:

1. En la contratación administrativa prevalece el principio del equilibrio financiero o ecuación económica, el cual consiste en que en la relación contractual debe existir una equivalencia entre lo que recibe la entidad de derecho público y lo que paga por ello-en el caso estudiado-lo que paga por las obras contratadas. De este modo, se evita un enriquecimiento sin causa del Estado y el empobrecimiento correlativo del particular contratista, que de haberse conocido antes habría impedido la celebración del contrato.

2. El equilibrio financiero se rompe cuando tiene ocurrencia un hecho imprevisible ajeno a la voluntad de las partes y que altera de manera fundamental el equilibrio económico del contrato.

3. La presencia de hechos imprevisibles durante la ejecución del contrato, generadores del desequilibrio del mismo, ha dado nacimiento a la teoría de la imprevisión, mediante la cual se dispone compensar o indemnizar al contratista por el desmejoramiento económico ostensible que haya sufrido.

Sin embargo, como se indicó, para que se pueda aplicar esta teoría deben reunirse las siguientes condiciones: que durante la ejecución del contrato se produzcan hechos imprevisibles en el mismo; que la ocurrencia de estos hechos sean ajenos a la voluntad de los contratantes, como por ejemplo, una crisis económica, la presencia de un estado de guerra, hechos de la naturaleza como terremotos; y, por último, que se produzcan efectos serios en la ejecución del contrato, que eviten que este pueda cumplirse plenamente.

4. En el caso materia de estudio, la Sala observa que en el lapso transcurrido entre el cierre de una licitación y el perfeccionamiento del contrato, no podía presen-

tarse el fenómeno de la imprevisión porque éste supone el previo perfeccionamiento del contrato.

Sin embargo, una vez perfeccionado el contrato, pueden presentarse hechos previsibles que alteren los precios y el equilibrio financiero del contrato o hechos imprevisibles que produzcan las mismas consecuencias y que requerirán tomar las medidas necesarias para restablecer el mencionado equilibrio. Lo primero está contemplado en la cláusula séptima sobre reajuste automático de precios y tiene por objeto "cubrir el mayor valor de los trabajos que por aumento en los costos pueda ocurrir en relación a la propuesta del contratista", y lo segundo se resuelve mediante la aplicación de los principios que regulan la teoría de la imprevisión.

5. La circunstancia de haberse convenido una cláusula de reajuste de precios sobre la cuantía propuesta por el contratista, en un contrato de obra pública, que por tanto es administrativo, permite concluir que los contratantes previeron el incremento de los costos del contrato, dentro de una normalidad económica que no altera en forma desbordada los valores pactados.

En todo caso, la interpretación de cláusulas contractuales debe efectuarse teniendo en cuenta el conjunto del contrato y las normas de hermenéutica jurídica.

6. Así las cosas, la Sala estima que, según el contenido del aparte de la cláusula séptima transcrita en la consulta, el reajuste automático debe realizarse "sobre los precios unitarios originalmente propuestos", lo que conlleva que el factor Io. de la fórmula de reajuste, que se traduce como "el índice en el mes de fijación de los precios unitarios o de la presentación de la propuesta", debe entenderse para el asunto consultado, únicamente respecto del mes de presentación de la propuesta, porque como el precio debe reajustarse una vez perfeccionado el contrato, la base para efectuar el incremento es el valor que el contratista consignó en su propuesta, el cual fue factor determinante para hacer la adjudicación. Además, porque dicha propuesta, una vez celebrado el contrato, se integró al mismo, como una de las cláusulas.

7. La Sala considera que cuando la fórmula matemática, citada en la consulta, se refiere al "Índice en el mes de fijación de los precios unitarios o de la presentación de la propuesta" se está frente a una frase disyuntiva, que obliga a escoger una alternativa según el caso:

a) Cuando no hay propuesta, por ejemplo en la contratación directa, se tomará "el índice en el mes de fijación de los precios unitarios" y .

b) cuando existe propuesta, porque media una licitación, se debe tomar "el índice del mes de presentación de la propuesta".

Fórmulas como la estudiada han sido establecidas en forma general por el ministerio de Obras Públicas-actualmente Ministerio de transporte-para que sean incluidas en contratos de obras públicas, que se celebren mediante licitación o a través de contratación directa. De este modo, se tiene que la fórmula mencionada, según el

texto de la consulta, corresponde a "las proposiciones números 6757 y 6758 de 18 de agosto de 1965" del Ministerio aludido.

De lo anterior se concluye, que el factor Io de la fórmula de reajuste de precios, establece dos índices, que no pueden aplicarse en forma simultánea. Lo que ocurre es que, tal como se indicó, la fórmula regula aspectos generales y con ella se pretende cubrir todas las eventualidades que puedan presentarse en los contratos de obras públicas.

La Sala finalmente observa que es necesario tener en cuenta los procedimientos legales con base en los cuales debe interpretarse los contratos que celebren las entidades públicas.

Con base en las consideraciones que anteceden, la sala absuelve la consulta del señor Ministro de Agricultura, en los términos siguientes:

1. Si entre la fecha de cierre de una licitación y la fecha de perfeccionamiento del contrato se produce un aumento de precios, éste por si mismo no puede considerarse como circunstancia excepcional e imprevisible porque para que aquella exista se requiere que el contrato esté perfeccionado.

2. De la lectura de una cláusula sobre reajuste de precios que se refiera al factor Io, equivalente al "Índice en el mes de fijación de los precios unitarios o de la presentación de la propuesta" debe entenderse que la expresión "Índice en el mes de fijación de los precios unitarios" corresponde exactamente al mes en que se acordaron los precios unitarios por los contratantes, cuando no existe propuesta presentada por el contratista.

3. El director de la entidad pública que aplique la cláusula de reajuste mencionada, tendrá en cuenta si en el contrato existe propuesta o, si por el contrario, a falta de ella, simplemente se fijaron los precios unitarios por los contratantes, lo que en cada caso, implica la utilización de uno de los índices expresados en el factor Io, pero nunca los dos en forma simultánea, ni tampoco se podrá aplicar el factor de fijación de precios unitarios cuando haya propuesta o viceversa porque, como se indicó, se excluyen.

Los procedimientos legales que rigen la interpretación de los contratos que celebren las entidades públicas, deben ser observados en todos los casos.

De esta forma se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministros de Agricultura 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.

CONTRIBUCION A MOVIMIENTOS POLITICOS/FUNCIONARIO PUBLICO/SUELDO-Descuento/**AUTORIZACION/FONDOS DE PARTIDOS POLITICOS**

El artículo 110 de la Constitución prohíbe a los funcionarios públicos hacer contribuciones a los candidatos, partidos o movimientos políticos, o inducir a otros a efectuarlas, con las excepciones que prescriba la ley. El artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968, que sustituyó el artículo 10, inciso 2º, del Decreto-Ley 2400 del mismo año, permite hacer descuentos o retenciones de los sueldos o salarios siempre que "medie la autorización libre y escrita del empleado". El artículo 30, inciso 2º, de la Ley 27 de 1992 reitera la vigencia del mencionado precepto legal que, en cuanto sustituyó el inciso 2º, del artículo 10, del Decreto-Ley 2400 de 1968, es parte integrante de esa disposición. Si los descuentos o retenciones de los sueldos o salarios se realizan mediante "autorización libre y escrita del empleado" y para un fin específico, los habilitados o pagadores deben entregar las sumas retenidas a quienes deban recibirlas. Autorizada su publicación el 8 de julio de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Consejero Ponente: Dr. *Humberto Mora Osejo*

Santafé de Bogotá D.C. siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Radicación 513.

Referncia: Consulta relacionada con la viabilidad de hacer descuentos de sueldos o salarios.

Se absuelve la consulta que el señor Director del departamento Administrativo de la Función Pública hace a la Sala en los siguientes términos:

"El título IV de la Constitución Política hace referencia a la participación Democrática y de los partidos políticos, a su vez el capítulo II de este título, trata de los partidos y de los movimientos políticos, el artículo 110 reza textualmente: "Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de investidura".

Por su parte, el 2º inciso del artículo 30 de la Ley 27 de 1992, "por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones", prescribe: "El artículo 10 del Decreto Ley 2400 de 1968, continuará vigente en todas sus partes y para todos sus efectos, a partir de la vigencia de esta Ley".

En inciso 2º del artículo 10 del Decreto Ley 2400 de 1968, establece: "Queda prohibido a los pagadores o habilitados de todas las dependencias administrativas nacionales, departamentales y municipales y de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, hacer descuentos o retenciones de sueldos o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidario aún cuando medie autorización escrita de los empleados. Queda igualmente prohibido hacer tales retenciones o descuentos con destino a homenajes u obsequios a los superiores.".

El anterior inciso fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 del mismo año. Dice así el citado artículo: "Modifícase y adiciónase el Decreto Nº 2400 de 1968 en los siguientes términos:"....El inciso 20 del artículo 10 quedará así:

"Queda prohibido a los pagadores y habilitados de todas las dependencias administrativas nacionales, departamentales y municipales y de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, hacer descuentos o retenciones de sueldos o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidista. Salvo que medie autorización libre y escrita del empleado. Queda igualmente prohibido hacer tales retenciones y descuentos con destino a homenajes u obsequios a los superiores.".

Con base en las anteriores disposiciones de carácter constitucional y legal, se consulta por este Departamento a esa Honorable Corporación:

¿Pueden los pagadores o habilitados de las dependencias administrativas nacionales, departamentales y municipales y de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado hacer descuentos de sueldos o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidista, cuando exista autorización libre y escrita del empleado?

En caso afirmativo, ¿una vez hecho el descuento, el pagador o habilitado puede dar traslado de esos dineros a los fondos de los partidos políticos?

¿Es dable que la Ley 27 de 1992, consagra la excepción a que hace referencia el artículo 110 de la constitución Política?

La Sala considera:

1. El artículo 110 de la Constitución prohibe " a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley". La misma disposición agrega que "el incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura".

De manera que la Constitución prohibe a los funcionarios públicos hacer contribuciones a los candidatos, partidos o movimientos políticos y además contempla que la ley puede prescribir excepciones.

La Sala considera que la Constitución, por claros motivos de conveniencia pública, habría podido prescindir de las excepciones autorizadas por la transcrita disposición.

2. El artículo 30, inciso 2º, de la Ley 27 de 1992 prescribe que el "artículo 10 del Decreto-Ley 2400 de 1968 continuará vigente en todas sus partes y para todos sus efectos, a partir de la vigencia de esta ley".

El artículo 10, inciso 1º, del Decreto-Ley 2400 de 1968, sin perjuicio del derecho de sufragio, prohibió a los empleados "desarrollar actividades partidarias" que consisten en "aceptar la designación o formar parte de directorios y comités de partidos políticos aún cuando no se ejerzan las funciones correspondientes, intervenir en la organización de manifestaciones o reuniones públicas de los partidos; pronunciar discursos o conferencias de carácter partidario y comentar por medio de periódicos, noticieros u otros medios de información, temas de la misma naturaleza; tomar en cuenta la filiación política de los ciudadanos para darles un tratamiento de favor o para ejercer discriminaciones en contra; coartar por cualquier clase de influencia o presión la libertad de opinión o de sufragio de los subalternos".

Sin embargo, esta disposición fue modificada por el artículo 127 incisos 2º y 3º de la Constitución, en cuanto prescribe que "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 de las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio", pero "que los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley".

De manera que el artículo 10 inciso 1º, del Decreto-Ley 2400 de 1968, reiterado por el artículo 30, inciso 2º de la Ley 27 de 1992, debe entenderse modificado, en la forma indicada, por la Constitución, desde el 7 de julio de 1992, fecha en que fue promulgada.

El artículo 10, inciso 4º, del Decreto-Ley 2400 de 1968 también prohibe " llevar a cabo en los locales de las oficinas públicas colectas de fondos para finalidades políticas, homenajes u obsequios a los superiores".

Pero el artículo 10 inciso 2º, del Decreto-Ley 2400 de 1968 fue sustituido por el artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968 en los siguientes términos: "Queda prohibido a los pagadores y habilitados de todas las dependencias administrativas nacionales, departamentales y municipales y de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del estado hacer descuentos o retenciones de sueldos o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidista, salvo que medie autorización libre y escrita del empleado". La disposición agrega que "queda igualmente prohibido hacer tales retenciones y descuentos con destino a homenajes u obsequios a los superiores".

Nótese que mientras el artículo 10, inciso 2º, del Decreto-ley 2400 de 1968 prohibía terminantemente "hacer descuentos o retenciones de sueldos o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidario **aun cuando medio autorización escrita de los empleados**" (la sala subraya), el artículo 1º de Decreto-Ley 3074 de 1968, que lo reemplazó, los permite siempre "**que medie autorización libre y escrita del empleado**". (la Sala subraya).

Además, el artículo 10, inciso 3º del Decreto-ley 2400 de 1968, que está vigente, debe interpretarse en relación con el inciso antes transcrito del Decreto-Ley 3074 de 1968 en cuanto dispone que "cualquier suma descontada con violación de lo aquí dispuesto será elevada a alcance al respectivo habilitado o pagador, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar": El descuento o la retención debe ser elevado a alcance si se efectúa sin que "medie autorización libre y escrita del empleado".(art. 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968).

3. El artículo 30 inciso 2º de la Ley 27 de 1992 dispone que el artículo 10 del Decreto-Ley 2400/68 "continuará vigente en todas sus partes y para todos sus efectos". Para ello sin perjuicio de las reformas que ha tendido, como se explicó, mediante los artículos 1º del Decreto-Ley 3074/68 y 127 inciso 2º de la Constitución.

4. En fin, el parágrafo del artículo 10 de Decreto-Ley 2400/68, reiterado por el artículo 30 inciso 2º de la ley 27 de 1992, está vigente y dispone que las prohibiciones que prescribe esa disposición no obstan para que los funcionarios públicos puedan "explicar y defender las medidas y los criterios que informan la política del gobierno".

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1. El artículo 110 de la Constitución prohibe a los funcionarios públicos hacer contribuciones a los candidatos, partidos o movimientos políticos o inducir a otros a efectuarlas, con las excepciones que prescriba la ley.

2. El artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968, que sustituyó el artículo, 10 inciso 2º del Decreto-Ley 2400 del mismo año, permite hacer descuentos o retenciones de los sueldos o salarios siempre que "medie la autorización libre y escrita del empleado".

3. El artículo 30 inciso 2º, de la ley 27 de 1992 reitera la vigencia del mencionado precepto legal que, en cuanto sustituyó el inciso 2º del artículo 10 del Decreto-Ley 2400 de 1968, es parte integrante de esa disposición.

4. Si los descuentos o retenciones de los sueldos o salarios se realizan mediante "autorización libre y escrita del empleado" y para un din específico, los habilitados o pagadores deben entregar las sumas retenidas a quienes deban recibirlas.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Director del departamento Administrativo de Función Pública y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas,* con aclaración de voto*; Javier Henao Hidrón,* con aclaración de voto*; Roberto Suárez Franco; Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria de la Sala.

BIBLIOTECA PUBLICA PILOTO DE MEDELLIN/EMPLEADOS/CESANTIA-Reconocimiento/**INTERESES A LA CESANTIA/FONDO NACIONAL DE AHORRO**-Funciones

El artículo 22 del Decreto Ley 3118 de 1968 dispuso que las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 1968 debían liquidarse definitivamente hasta esa fecha y, entregarse al Fondo Nacional del Ahorro, en el plazo señalado por el Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 32 ibídem. Los empleados oficiales que se hubieren retirado del servicio público de la Nación con anterioridad al 31 de diciembre de 1968, tenían derecho a que la entidad de previsión social a la cual estaban afiliados, les liquidaran sus cesantías definitivas. De conformidad con el artículo 51 del Decreto-Ley 3118 de 1968, el Fondo Nacional del Ahorro puede exigir las sumas adecuadas por cesantías e intereses de los empleados y trabajadores de la Biblioteca Pública Piloto de Medellín, así: desde el 1º de enero de 1969 al 13 de enero de 1992 a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-, y desde esta última fecha hasta la actualidad al establecimiento denominado Biblioteca Pública Piloto de Medellín. La Sala advierte que la percepción de estos créditos es independientes de las obligaciones legales del Fondo Nacional de Ahorro sobre las prestaciones sociales de los empleados nacionales. La liquidación y abono, en la cuenta de cada servidor oficial, de los intereses a la del 12 anual, sobre saldos que por concepto de cesantías se generen, las debe realizar el Fondo Nacional de Ahorro, que podrá exigir la respectiva consignación al establecimiento público, Biblioteca Pública Piloto de Medellín, de conformidad con lo ordenado por los artículos 50 y 51 del Decreto-Ley 3118 de 1968. Autorizada su publicación el 13 de julio de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Santafé de Bogotá D.C. Junio cuatro (4) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Jaime Betancur Cuartas.*

Radiación 515.

Referencia: Consulta sobre las cesantías correspondientes a los trabajadores de la Biblioteca Pública de Medellín.

La Señora Ministra de Educación Nacional doctora Maruja Pachón de Villamizar, ha formulado a la Sala la siguiente consulta.

ANTECEDENTES

1. LA BIBLIOTECA PUBLICA PILOTO DE MEDELLIN PARA AMERICA LATINA fue creada por acuerdo internacional entre la Organización de la Naciones Unidas para la Educación., la ciencia y la cultura, UNESCO, y el Gobierno de la República de Colombia, fechado el 12 de noviembre de 1952 en Paris-Francia.

De conformidad con el artículo, 2º del Acuerdo. la Biblioteca Pública Piloto de Medellín para América Latina, fue creada como una institución independiente, administrada por una junta Bibliotecaria.

En el artículo 3º del Acuerdo se fijan los gastos en que debe incurrir la UNESCO y el Gobierno de Colombia, para el sostenimiento y funcionamiento de la Biblioteca.

Los aportes del Gobierno Nacional se efectuaban a través del Ministerio de Educación Nacional..

2. Mediante Decreto Nº 1200 de 1953 el Gobierno Nacional confirió a la Junta Directiva de la Biblioteca, plenos poderes para administración y gobierno de la misma.

A su vez el Ministerio de Justicia mediante Resolución Nº 22 del 16 de marzo de 1954 le confirió personería jurídica, habilitándola como persona capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles.

3. Por Decreto Nº 2020 de 1963 se incorporó la Biblioteca Pública Piloto de Medellín para América Latina al Ministerio de Educación Nacional, considerándola para todos los efectos legales como una dependencia del Ministerio de Educación Nacional.

4. En virtud del Decreto 052 del 13 de enero de 1992, se clasifica la Biblioteca Pública Piloto de Medellín para América latina como establecimiento Público del orden Nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

5. Por mandato del Decreto-Ley 3118 el Fondo Nacional de Ahorro es la entidad encargada de recaudar las cesantías de los empleados públicos y trabajado-

res oficiales del orden Nacional, de manejar dichos recursos conforme a la ley y sus estatutos y encubrir el valor del auxilio de cesantías de sus beneficiarios cuando a ello hubiere lugar.

Para tales efectos, la Nación los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado están obligadas a consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1º de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores .

Por disposición del artículo, 4º de la Ley 48 de 1981, las entidades vinculadas al Fondo Nacional de Ahorro están obligadas a transferir a dicho organismo, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, el valor de la doceava causada en el mes inmediatamente anterior.

El artículo 3º de la Ley 41 de 1975 que sustituyó el artículo 33 del Decreto-Ley 3118 de 1969, asignó al Fondo Nacional de Ahorro la función de liquidar y abonar en la cuenta de cada servidor oficial intereses a la tasa del 12% anual sobre los saldos por concepto de cesantías figuren a favor del respectivo asalariado a 31 de diciembre de cada año.

Ni cuando la Biblioteca Pública Piloto de Medellín para América latina se constituyó en una dependencia del Ministerio de Educación Nacional, ni cuando fue clasificada como establecimiento Público del orden Nacional las cesantías de sus servidores públicos fueron reportadas al Fondo Nacional de Ahorro.

7. Los artículos 121 y 122 de la Constitución Política señalan:
"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley" (art. 121.C.N.). "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".(art. 122 C.N.)

Al radicar la ley en el Fondo Nacional de Ahorro la obligación de pagar el auxilio de cesantías, a los empleados oficiales de las entidades sometidas a forzosa afiliación de los mismos, en virtud de los preceptos constitucionales en cita, se excluye la competencia en esa materia para cualesquiera otra entidad, y el ejercerla constituye extralimitación de funciones.

SE CONSULTA:

1. Cuál es la entidad o entidades que está(n) obligada(s) al reconocimiento y pago de las cesantías de los empleados de la Biblioteca tendiendo en cuenta que hasta el momento y desde la fecha de creación (12 de noviembre de 1952), tales cesantías no han sido reportadas al Fondo Nacional de Ahorro, ni a ninguna otra entidad de previsión social, ni se tiene una cuenta o fondo constituido por el valor adecuado?

2, A qué entidad o entidades correspondería(n) la liquidación y abono en la cuenta de cada servidor oficial de los intereses a la tasa del 12% anual, sobre los

saldos que por concepto de cesantías figuren a favor del respectivo asalariado al 31 de diciembre de cada año?

La Sala considera:

1. El Fondo Nacional de Ahorro creado por el Decreto Ley 3118 de 1968 tiene como objetivo principal fomentar el ahorro de los empleados públicos y los trabajadores oficiales de las entidades vinculadas a él.

Con este fin, Los ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Empresa Industriales y Comerciales del Estado, del Orden Nacional, entregarán al Fondo las liquidaciones de cesantías causadas en favor de sus empleados y trabajadores, para que se abran cuentas a nombre de cada beneficiario donde se acrediten las sumas resultantes con los intereses previstos en la ley.

2. De este modo, el artículo 27 del mencionado Decreto-Ley 3118 de 1968 dispone que "cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

"La liquidación así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador,"

3. En concordancia con el artículo 49 ibídem, a partir del 1º de enero de 1969, "La Nación, los establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado deberán consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1º de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores.

"Lo dispuesto en el inciso anterior se cumplirá de la siguiente manera:

a) Mensualmente, las entidades en referencia deberán depositar en el Fondo una doceava parte del valores de los pagos en favor de sus empleados y trabajadores por salarios y demás conceptos que se incluyan dentro de la base para liquidar el auxilio de cesantía y

b) Dentro de los tres (3) meses de cada año, las referidas entidades depositarán, en el Fondo la diferencia que resulte entre la liquidación de que trata el artículo 27 y las sumas depositadas en desarrollo del literal anterior; o tendrán derecho a que el Fondo les abone en cuenta el exceso de los depositado sobre la liquidación".

4. De conformidad con el artículo 51 del Decreto Ley 3118 de 1968, cuando los establecimientos públicos no consignen al Fondo el valor de las cesantías y sus

intereses en los términos previstos en el decreto, éste podrá exigir las sumas respectivas por la vía ejecutiva y cobrará sobre los intereses del dos(2) por ciento mensual mientras dure la mora.

5. Según los artículos 33 y siguientes del citado Decreto-Ley 3118 de 1968, los empleados y trabajadores de las entidades vinculadas al Fondo podrán solicitar a esta entidad avances sobre sus cesantías causadas para compra de vivienda, para construirla en lote de su propiedad, para mejora de su vivienda propia o de su cónyuge o para deudas hipotecarias que graven su vivienda o la de su cónyuge.

De igual manera, los empleados y trabajadores mencionados pueden solicitar al Fondo préstamos para inversiones en vivienda, con cargo a sus cesantías o a otras prestaciones que se liquiden en el futuro.

6. De lo anterior, se puede concluir que las cesantías de los empleados y trabajadores de los establecimientos públicos del orden Nacional deben ser liquidadas por estas entidades y giradas al Fondo Nacional de Ahorro, para que sean invertidas y obtengan rentabilidad en beneficio del ahorro de sus titulares. Estos dineros deben ser entregados por el Fondo al servidor público cuando se retire definitivamente del empleo, cuando quiera hacer inversiones relativas a compra o mejoramiento de su vivienda, para lo cual podrá pedir al Fondo un avance o entrega parcial de sus cesantías.

7. De otra parte, la Sala estima que es necesario establecer desde su creación la naturaleza jurídica de la Biblioteca Pública Piloto de Medellín:

a) Esta institución surgió de un acuerdo Internacional entre el gobierno Nacional de la República de Colombia y la Organización de la Naciones Unidas para la Educación, la ciencia, y la cultura (UNESCO), con el objeto de fomentar la educación popular, se organizó como una "entidad independiente", y con personería jurídica, que se sostuvo con presupuesto de la Nación y aportes de la organización Internacional-.

b) Mediante el Decreto 2020 de 1963, la Biblioteca Pública Piloto de Medellín fue incorporada como dependencia, al Ministerio de Educación Nacional.

c) Por medio del Decreto 056 de 1992, el Gobierno Nacional clasificó a la Biblioteca Pública Piloto de Medellín en establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

8. Así las cosas, existen tres períodos en la existencia de la Biblioteca Pública Piloto de Medellín, los cuales permiten concluir que la Nación y las entidades de previsión social y el fondo Nacional de Ahorro han tendido a su cargo, en cada época, el reconocimiento y pago de las cesantías de los empleados y trabajadores de dicha entidad.

9. En ese orden de ideas, desde el momento mismo en que la Biblioteca Pública Piloto de Medellín obtuvo el carácter de entidad descentralizada del orden Nacio-

nal, ha debido liquidar las cesantías de sus servidores y consignarlas en el Fondo Nacional de Ahorro, para que éste las acreditara en las cuentas de cada uno de ellos.

Como el texto de la consulta se infiere que esta obligación no se ha cumplido por parte del Establecimiento Público, el Fondo Nacional de Ahorro puede exigir las sumas adecuadas de conformidad con el artículo, 51 del Decreto-Ley 3118 de 1968.

De otra parte, los empleados y trabajadores de la Biblioteca Pública Piloto de Medellín pueden solicitar al Fondo Nacional de Ahorro, avances sobre sus cesantías o préstamos para adquirir vivienda, según el Decreto-Ley 3118 de 1968, a pesar de que aquella entidad no haya girado las sumas correspondientes a la liquidación de todas las cesantías causadas, porque la atribución específica del Fondo no está sometida a la consignación de los dineros, sino a la liquidación de las cesantías que deben efectuar las entidades vinculadas, sumas que se acreditarán en las cuentas de todos los empleados o trabajadores.

De manera que la liquidación de las cesantías de los citados empleados debe efectuarla la Biblioteca Piloto de Medellín y el pago de los avances sobre esta liquidación le corresponde al Fondo Nacional de Ahorro. En el mismo sentido el pago de la cesantía por retiro definitivo de estos empleados debe realizarlo el Fondo Nacional de Ahorro.

10. La Biblioteca Pública Piloto de Medellín, clasificada como establecimiento público del orden Nacional debe cumplir las obligaciones como tal, a partir de la clasificación como entidad descentralizada del orden Nacional, entre ellas el pago de salarios y reconocimiento de prestaciones a sus empleados y trabajadores. Para cumplir con estos compromisos la Biblioteca debe incluir en su presupuesto de gastos las sumas necesarias para cubrir las prestaciones causadas respecto de las cuales no hizo la provisión respectiva en la correspondiente oportunidad.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde los interrogantes formulados en la consulta, distinguiendo las diferentes etapas en la existencia de la Biblioteca Pública Piloto de Medellín.:

I. 1ª) Las cesantías de los empleados y trabajadores de la Biblioteca que se hubieren causado durante el lapso comprendido entre el 12 de noviembre de 1952, fecha de su creación, y el 6 de septiembre de 1963, cuando se incorporó al Ministerio de Educación Nacional, debían ser reconocidas y pagadas por la Nación de conformidad con las normas vigentes para esa época.

2ª). Las cesantías de los mencionados empleados causadas desde el 6 de septiembre de 1963 hasta el 31 de diciembre de 1968, cuando se creó el Fondo de Ahorro, debían ser reconocidas y pagadas por la Caja Nacional de Previsión Social, entidad a la que eran afiliados forzosos los servidores de los Ministerios, como los de la Biblioteca Pública Piloto de Medellín, que para esa época, estaba incorporada como dependencia del Ministerio de Educación Nacional.

3ª). Las cesantías de estos mismos empleados oficiales causadas a partir del 1º de enero de 1969 deben ser reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Ahorro, entidad de la que son afiliados forzosos los empleados y trabajadores de los Ministerios.

Al respecto, es pertinente anotar que el artículo 22 del Decreto-Ley 3118 de 1968 dispuso que las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 1968 debían liquidarse definitivamente hasta esa fecha y, entregarse al Fondo Nacional de Ahorro, en el plazo señalado por el Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 32 ibídem.

Los empleados oficiales que se hubieren retirado del servicio público de la Nación con anterioridad al 31 de diciembre de 1968, tenían derecho a que la entidad de previsión social a la cual estaban afiliados, les liquidara sus cesantías definitivas.

Por consiguiente, y de conformidad con el artículo 51 del Decreto-Ley 3118 de 1968, el Fondo Nacional de Ahorro puede exigir las sumas adeudadas por cesantías e intereses de los empleados y trabajadores de la Biblioteca Pública Piloto de Medellín, así: Desde el 1º de enero de 1969 al 13 de enero de 1992 a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-, y desde esta última fecha hasta la actualidad al establecimiento público denominado Biblioteca Pública Piloto de Medellín.

La Sala advierte que la percepción de estos créditos es independiente de las obligaciones legales del Fondo Nacional de Ahorro sobre las prestaciones sociales de los empleados nacionales.

II La liquidación y abono, en la cuenta de cada servidor oficial, de los intereses a la tasa del 12% anual, sobre saldos que por concepto de cesantías se generen, las debe realizar el Fondo Nacional de Ahorro, que podrá exigir la respectiva consignación al establecimiento público, Biblioteca Pública piloto de Medellín, de conformidad con lo ordenado por los artículos 50 y 51 del Decreto-Ley 3118 de 1968.

En los anteriores términos queda absuelta la consulta formulada por la señora Ministra doctora Maruja Pachón de Villamizar.

Transcribase en sendas copias auténticas a la señora Ministra de Educación Nacional 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.

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen Jurídico/**CONGRESO DE LA REPUBLICA/LEGISLATURAS DEL CONGRESO**

La expresión "las dos siguientes legislaturas", contenida en el inciso segundo del artículo transitorio 48 de la Constitución, debe considerarse que se refiere a la legislatura que comprende desde el 20 de julio de 1992 hasta el 20 de junio de 1993 y a la que se extiende desde el 20 de julio de 1993 hasta el 20 de junio de 1994. La terminación de dicha legislatura es, por consiguiente, esta última fecha. Autorizada su publicación el 22 de julio de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 523.

Referencia: Consulta sobre interpretación del artículo transitorio 48 de la Constitución. (Expedición de la ley sobre servicios públicos).

El señor director del Departamento Nacional de Planeación , doctor Armando Montenegro, formula a la Sala la consulta que está concebida en los términos siguientes:

1. El cumplimiento de lo ordenado por el artículo 48 transitorio de la Constitución Política, el Gobierno presentó dentro de los tres (3) meses siguientes a la instalación del Congreso de la República el 1º de diciembre de 1991, el proyecto de ley relativo al régimen jurídico de los servicios públicos; a la fijación de competencias y criterios generales que regirán la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su funcionamiento y régimen tarifario; al régi-

men de participación de los representantes de los municipios atendidos y de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten los servicios, así como los relativos a la protección, deberes y derechos de aquellos y al señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

2. De conformidad con el artículo 4º transitorio de la Constitución Política, el Congreso elegido el 27 de octubre de 1991 sesionó ordinariamente del 1º al 20 de diciembre de 1991 y del 14 de enero al 26 de junio de 1992, y luego, a partir del 20 de julio de 1992, de acuerdo con lo prescrito en la Carta, es decir según el régimen del artículo 138, según el cual las sesiones ordinarias comprenden dos(2) períodos por año que constituyen una sola legislatura; el primero que comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre y el segundo que inicia el 16 de marzo y concluye el 20 de junio.

3. De otra parte, el artículo 48 transitorio, en relación con los proyectos de ley sobre servicios públicos de que trata la misma disposición, establece que si una vez presentados por el Gobierno, transcurre el "término de las dos siguientes legislaturas" sin haberse expedido las leyes correspondientes, el Presidente de la República pondrá en vigencia los proyectos mediante decreto con fuerza de ley.

4. Como el Gobierno Nacional presentó el proyecto de ley sobre las materias de que trata el artículo 48 transitorio, dentro del plazo de tres (3) meses siguientes a la instalación del Congreso el 1º de diciembre de 1991, es decir, en el período de sesiones que comprendió los lapsos entre el 1º y el 20 de diciembre de 1991 y el 14 de enero y el 26 de junio de 1992, se desea conocer cómo debe entenderse la expresión "al término de las dos siguientes legislaturas" y más específicamente si por tales debe considerarse:

a) Las legislaturas que van del 20 de julio de 1992 al 20 de junio de 1993 y del 20 de julio de 1993 al 20 de junio de 1994, o

b) La misma legislatura en la cual se presentó el proyecto de ley, o sea el período que comprende los lapsos entre el 1o y el 20 de diciembre de 1991 y entre el 14 de enero y el 26 de junio de 1992, y la legislatura correspondiente al período del 20 de julio de 1992 al 20 de junio de 1993.

LA SALA CONSIDERA

1. La nueva Constitución Política de Colombia, expedida por la Asamblea Nacional Constituyente el 4 de julio de 1991, entre sus disposiciones de carácter transitorio, trae la siguiente:

Art. 48. Dentro de los tres meses siguientes a la instalación del Congreso de la República el Gobierno presentará los proyectos de ley relativos al régimen jurí-

dico de los servicios públicos; a la fijación de competencias y criterios generales que regirán la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su financiamiento y régimen tarifario; al régimen de participación de los representantes de los municipios atendidos y de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten los servicios, así como los relativos a la protección, deberes y derechos de aquellos y al señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Si al término de las dos siguientes legislaturas no se expidieren las leyes correspondientes, el Presidente de la República pondrá en vigencia los proyectos mediante decretos con fuerza de ley.

II. Una de las decisiones más controvertidas de la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Carta Política de Colombia, consistió en disponer la disolución del Congreso de la República, cuyos miembros habían sido elegidos en 1990 para un período de cuatro años, como consecuencia, convocar a elecciones generales del órgano legislativo del Estado para el 27 de octubre de 1991.

El congreso así elegido, fue instalado el 1º de diciembre de 1991, con la obligación de sesionar "ordinariamente" (adverbio que utiliza el artículo transitorio 4º de la Constitución para denotar que durante tales sesiones, que no participaban de la naturaleza de las extraordinarias, el Congreso podía ejercer la plenitud de sus funciones constitucionales), hasta el 20 de diciembre del mismo año y del 14 de enero al 26 de junio de 1992. Pero en estricto sentido, se trataba de un período especial de sesiones, expresamente determinado por el constituyente en la parte dedicada a "disposiciones transitorias" y que se consideró necesario regular con sujeción a las fechas mencionadas, con el fin de que los nuevos congresistas, que igualmente iban a tener un período que se apartaba del tradicional de cuatro años (esta vez del 1º de diciembre de 1991 al 19 de julio de 1994),pudieran entrar cuanto antes en ejercicio de sus funciones.

Terminado dicho período especial y único, el Congreso volvería a reunirse a partir del 20 de julio de 1992, pero ya de conformidad con el régimen de sesiones "prescrito en esta Constitución". Este es propiamente el régimen ordinario, el cual se extiende desde el mes de julio hasta el mes de junio siguiente y comprende dos períodos de sesiones en dicho lapso, que se considera anual, así: el primero comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre, mientras el segundo abarca desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio. La sumatoria de estos dos períodos, constituye "una sola legislatura". (ibídem, art.138).

Los períodos de sesiones ordinarias empiezan a contarse a partir del 20 de julio, por cuanto esta fecha corresponde a la iniciación del período constitucional de los senadores y representantes y, por tanto, coincide con la instalación del Congreso cada cuatro años. (ibídem, art. 132.)

De modo que, aunque el vocablo Legislatura tiene para el diccionario de la Lengua española, el significado de "Tiempo durante el cual funcionan los cuerpos

legislativos", el régimen de legislatura es el prescrito por la Constitución y, en Colombia, el funcionamiento excepcional del Congreso, por una sola vez, en el tiempo comprendido entre el 1º de diciembre de 1991 y el 20 de diciembre del mismo año y entre el 14 de enero de 1992 y el 26 de junio siguiente, no constituye propiamente una legislatura.

III. El mandato que el artículo transitorio 48 de la Constitución impuso al gobierno en relación con los proyectos de ley relativos al régimen de los servicios públicos, consistió en la obligación de presentarlos a la consideración del Congreso dentro de los tres meses siguientes a su instalación, la cual ocurrió precisamente el 1º de diciembre de 1991. O sea que, en los tres primeros meses del período especial de sesiones, que comprendía del 1º al 20 de diciembre de 1991 y del 14 de enero al 26 de junio de 1992, el Gobierno Nacional debía cumplir con la voluntad del constituyente, que a su vez señaló el Congreso un nuevo término, el de "las dos siguientes legislaturas", para que expidiera las leyes correspondientes. De no hacerlo así, la consecuencia consiste en desplazar la competencia hacia el Gobierno, pues entonces "el Presidente de la República pondrá en vigencia los proyectos mediante decretos con fuerza de ley".

La Sala considera que la expresión "al término de las dos siguientes legislaturas", debe ser interpretada, para efectos de hacer el conteo correspondiente y determinar con precisión la fecha en la cual expira el plazo para que el Congreso expida las leyes sobre servicios públicos y, al mismo tiempo, empieza la eventual competencia del Gobierno para subsanar la negligencia del órgano legislativo y no dejar expósitos tales proyectos, sobre la base de tomar como punto de referencia el período de sesiones que inició con la instalación del Congreso ocurrida el 1º de diciembre de 1991 y terminó el 26 de junio del año siguiente. Concluido este período, ciertamente especial por las circunstancias que le dieron origen y en el que fueron presentados los proyectos gubernamentales, entonces el intérprete se encuentra en condiciones de referirse a las "dos siguientes legislaturas", que son: la que comprende del 20 de julio de 1992 al 20 de junio de 1993 y la que se extiende desde el 20 de julio de 1993 hasta el 20 de junio de 1994.

La expresión "al término de la siguiente legislatura", sí habría conducido a ser interpretada como la legislatura que, iniciada el 20 de julio de 1992, terminaba el 20 de junio de 1993.

Finalizada, pues, la segunda legislatura posterior al período especial de sesiones del Congreso, a que se ha hecho referencia, sin que hubieren sido expedidas las leyes correspondientes sobre los diversos aspectos reguladores del régimen de servicios públicos, surgirá para el Gobierno la competencia para poner en vigencia los proyectos respectivos, mediante la expedición de decretos que tendrán fuerza de ley.

En virtud de lo expuesto, la Sala responde:

La expresión "las dos siguientes legislaturas", contenida en el inicio segundo del artículo transitorio 48 de la Constitución, debe considerarse que se refiere a la legis-

latura que comprende desde 20 de julio de 1992 hasta el 20 de junio de 1993 y a la que se extiende desde el 20 de julio de 1993 hasta el 20 de junio de 1994. La terminación de dichas legislaturas es, por consiguiente, esta última fecha.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al señor director del departamento Nacional de Planeación y al señor 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.

PUERTOS DE COLOMBIA-Liquidación / **CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO**-Existencia / **PENSIONADO / PRESTACIONES SOCIALES EXTRALEGALES**-Vigencia / **FONDO DE PASIVO DE COLPUERTOS**-Funciones

En virtud del libre acuerdo entre las partes, es legalmente válido que empleador y sindicato incluyan en la convención colectiva, prerrogativas para los trabajadores de la empresa que lleguen a pensionarse y para familiares de éstos. La liquidación de una empresa, una vez finiquitada, es causal extinción de la convención colectiva de trabajo. Sin embargo, las prerrogativas extralegales de los pensionados y sus familiares, pactadas convencionalmente, mantendrán su vigencia y efectos jurídicos, hasta cuando se produzcan las causales de extinción que determine la ley o, sin contrariar ésta, la propia convención. En el caso de la Empresa Puertos de Colombia , cumplido el proceso de liquidación, las obligaciones relativas a las prestaciones sociales extralegales deberán ser asumidas por el establecimiento público denominado Fondo de Pasivo Social, creado por el Decreto-ley 36 de 1992. Si en la empresa mencionada, la liquidación se desarrolla progresivamente (terminal por terminal), las prerrogativas extralegales de los pensionados y de los familiares de éstos, reconocidas por Puertos de Colombia, se mantendrán aunque las convenciones vayan expirando. Precisamente para continuar atendiendo esa clase de prestaciones, ha sido creado por el Gobierno Nacional, con la debida autorización del Congreso, el Fondo de Pasivo Social de Colpuertos.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve(19) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 527.

Referencia: Consulta sobre aplicación de los servicios asistenciales establecidos en la convención colectiva de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, a los pensionados y sus familiares.

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, doctor Jorge Bendeck Olivella, formula a la Sala la consulta que en términos textuales, expresa:

Con todo respeto y con el propósito de establecer con claridad las normas aplicables en la definición y prestación de los servicios asistenciales a los pensionados de la Empresa Puertos de Colombia, nos permitimos concurrir ante esa corporación, para exponer y consultar lo siguiente:

ANTECEDENTES

Mediante la ley 1ª del 10 de enero de 1991, se determinó la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, "Colpuertos", y se revistió de facultades extraordinarias al señor Presidente de la República, para crear un fondo con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, con el objeto de atender por cuenta de la Nación, los pasivos sociales de "Colpuertos" y las obligaciones que la ley le señala.

En desarrollo de las citadas facultades extraordinarias, el señor Presidente de la República, expidió el Decreto Nº 36 de 3 de enero de 1992, por medio del cual creó el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, y le asignó funciones, dentro de las cuales se destacan, las de pagar las mesadas pensionales y demás prestaciones económicas y asistenciales de los ex-empleados de Colpuertos, etc., función que ha venido cumpliendo la Empresa Puertos de Colombia en liquidación.

Para establecer las prestaciones asistenciales a que tienen derecho los pensionados, recurrimos a las disposiciones legales (D.L.3135 de 1968, Ley 4ª de 1976). No obstante es imperiosa la reglamentación de los referidos servicios, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 36 de 1992. Empero, para evitar errores en la susodicha reglamentación, conviene aclarar la interpretación de algunos aspectos de origen convencional, sobre presuntos derechos, extralegales de los pensionados extendidos a sus familiares, así:

1. Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia (Art. 467 C.S.T.)

2. La convención colectiva actual, celebrada entre la Empresa Puertos de Colombia y sus trabajadores, tiene vigencia hasta 31 de diciembre de 1993;a menos que la liquidación de Colpuertos culmine antes de esa fecha, en cuyo caso presumimos, la vigencia de la convención también expirará anticipadamente por sustracción de materia.

3. La propia convención colectiva expresa, que rige para todos los trabajadores sindicalizados y para los no sindicalizados si cumplen los requisitos establecidos en los Decretos 2351 de 1965 y 1373 de 1966.

4. En relación con los servicios médicos asistenciales la convención colectiva (de cada terminal marítimo), dispone que los pensionados por jubilación o invalidez y sus familiares continuarán gozando de las prestaciones asistenciales convenidas para los trabajadores.

CONSULTA

Con las anteriores consideraciones nos permitimos preguntar a la Honorable Corporación, Sala de Consulta y Servicio Civil lo siguiente:

1. Teniendo en cuenta que la convención colectiva de trabajado se celebra entre empleados y trabajadores sindicalizados (por excepción cobija a los trabajadores no sindicalizados); le es dable a las partes incluir en su contenido, prerrogativas extralegales para terceros, tales como los pensionados y sus familiares?

2. Si el anterior interrogante fuere absuelto afirmativamente, se pregunta:

a) En razón a que la convención colectiva sólo debe y puede aplicarse durante su vigencia y que esta fenecerá a más tardar, el 31 de diciembre de 1993, fecha en que deberá quedar liquidada completamente la Empresa Puertos de Colombia; expirarán en ese momento las prerrogativas extralegales de los pensionados y sus familiares?

b) Si la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia se consumara antes del 31 de diciembre previsto, cesarán en ese momento las prerrogativas extralegales de los pensionados y sus familiares?

c) Si la liquidación de la Empresa se desarrolla progresivamente (terminal por terminal), teniendo en cuenta que para cada uno de ellos existe una convención colectiva, irán desapareciendo también progresivamente, las prerrogativas extralegales de los pensionados y de sus familiares, a medida que van expirando las convenciones?

LA SALA CONSIDERA

1. Fundamentos jurídicos. La nueva Constitución Política garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley, y agrega en el art. 55 que es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Con todo, el mencionado derecho no es novedoso, pues desde hace varias décadas se encuentra regulado por la ley. En el Código Sustantivo de Trabajo, en efecto,

la convención colectiva es definida como un tipo de convenio que se celebra "entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia". (Ibídem, art.467).

Por lo demás, la convención colectiva de trabajo es un acto solemne que para que produzca efectos jurídicos deberá celebrarse por escrito y depositarse un ejemplar en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dentro de los quince días siguientes al de su firma (ibídem, art. 4369).

II: Campo de aplicación: -Al fijar el alcance de la enmienda laboral de 1965 en cuanto al campo de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia destaca que el Decreto 2351 de ese año, en sus artículos 37 y 38, sustituyó el ordenamiento contenido en el art.2º del Decreto 18 de 1958 ("La convención colectiva de trabajo que celebre un sindicato sólo se aplica a sus afiliados") por el que había venido presidiendo la contratación colectiva desde 1944 hasta entonces, o sea por el contenido en el Decreto 2350 de 1944, art. 2º, en la Ley 6ª. de 1945, art.46 y en los artículos 470 y 471 originarios, del Código Sustantivo del Trabajo. Entre los dos sistemas, el de la convención colectiva aplicada igual que la ley, a todos los trabajadores respectivos, y el de su aplicación circunscrita a quienes la han pactado, como ocurre en los contratos de derecho privado, la Corte considera que es el primero, y no el segundo, el que se acomoda a la concepción dominante en los países más avanzados y se sitúa en la línea de progreso de las instituciones jurídicas laborales. Finalmente, hace énfasis en la capacidad de adecuación de la convención colectiva a las necesidades y modalidades de cada empresa, de cada oficio, de cada actividad, de cada región, de cada circunstancia económica, financiera o monetaria, de cada episodio social, característica que la convierte en un instrumento de mayor eficacia y precisión que la ley general para regir las relaciones laborales en los grandes núcleos de trabajo. (Recurso de homologación, 18 de mayo de 1988, radicación 2458).

En otra providencia, la misma Sala de Casación Laboral sostuvo con rigor lógico, los conceptos siguientes: "Las personas que no tiene la calidad de contratantes, en términos generales, no se obligan ni se benefician con el contrato celebrado. El contrato no es ley para terceros. Sin embargo, por excepción, la ley permite derivar beneficios y obligaciones de un convenio a personas que no lo celebraron y que jurídicamente no tienen la calidad de contratantes respecto de sus cláusulas. Este tipo de situaciones excepcionales se encuentran hoy día definidamente caracterizadas en el Derecho del Trabajo y se conocen como la extensión a terceros de los efectos del contrato" (Sentencia, 27 de marzo de 1981, radicación 5576).

El derecho laboral colombiano, efectivamente, en el Código de la materia (artículos 470, 471y 472, subrogados los dos primeros por los artículos 37 y 38 del Decreto-ley 2351 de 1965), reconoce en las convenciones colectivas, tres formas de extensión a terceros, que son: 1ª Por adhesión, mediante la cual se permite a los demás trabajadores de una empresa vincularse a la convención colectiva, cuando de ésta

haga parte un sindicato que por tener un número de afiliados que no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la misma, es considerado como minoritario: 2ª. Por ley, consistente en que si de la convención colectiva hace parte un sindicato mayoritario- el que agrupa un número de afiliados que exceda de la tercera parte de los trabajadores de la empresa -, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la empresa, sean sindicalizados o no, menos que el trabajador no sindicalizado renuncie expresamente a los beneficios de la convención; y 3ª. Por acto gubernamental, modalidad que permite al Gobierno Nacional, mediante decreto, hacer extensivos los efectos de una convención colectiva, en todo o en parte, si la misma comprende más de las dos terceras partes de los trabajadores de una rama industrial en una determinada región económica.

III. Extensión de beneficios de terceros por cláusula convencional.

Considerada la convención colectiva como convenio, las partes contratantes pueden establecer válidamente y con efectos obligatorios, la aplicación de alguno o algunos de los beneficios acordados en sus cláusulas, a quienes habiendo tenido la calidad de trabajadores, obtuvieron con fundamento en ella y el cumplimiento de los requisitos legales, el status de pensionados. Por este motivo es por el que la mayoría de las convenciones colectivas consagran la continuidad del beneficio asistencial para los pensionados e inclusive para sus familiares.

En cuanto a la aplicación de dicho beneficio extralegal a los pensionados y sus familiares, es preciso tener en consideración que las prestaciones asistenciales convencionales mantienen su vigencia siempre que, a su vez, los beneficiarios conserven la calidad de pensionados directos de la respectiva empresa; o sea, quienes habiendo obtenido la pensión especial, no hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión la ley. Cuando esta última eventualidad ocurra, los derechos asistenciales de los pensionados y sus familiares serán asumidos por la entidad de previsión social a la cual hayan sido efectuado los aportes. Este fenómeno se produce en virtud de que la seguridad social tiene el carácter de obligatoria, de modo que si existe pensión especial o voluntaria consagrada en pacto o convención colectivos, aquella será sustituida por la legal una vez el trabajador beneficiado cumpla el tiempo de servicio y edad determinados por la ley. Así que, al asumir el Instituto de Seguros Sociales o la respectiva entidad de previsión, el reconocimiento y pago de la prestación pensional, asumirá también las prestaciones de asistencia correspondientes, de conformidad con las normas que reglamentan su organización y funcionamiento.

Mientras tanto, las prestaciones sociales extralegales, que están a cargo del patrono que celebró la convención, subsisten y coexisten con las de carácter legal.

IV. La liquidación de COLPUERTOS y la creación de un fondo de Pasivo Social. El Congreso de la República, por medio de la ley 1a. de 1991 (enero 10ª) expidió el Estatuto de Puertos Marítimos y al reorganizar el sistema portuario, ordenó la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, COLPUERTOS.

Como complemento, en su art. 37 la ley citada revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de un año, para dictar las normas especiales sobre contratación, régimen laboral y de presupuesto de Puertos de Colombia y para crear un Fondo, con personería jurídica, cuyo objeto consistirá en atender, por cuenta de la Nación, los pasivos de dicha empresa. Concretamente y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 36 de la misma ley, corresponderá al Fondo asumir "el pago de las pensiones de jubilación de cualquier naturaleza, de las demás prestaciones sociales y de las indemnizaciones y sentencias condenatorias ejecutariadas o que se ejcutorien a cargo de Puertos de Colombia, así como su deuda interna y externa" y además, el pago de indemnizaciones laborales y la capacitación a los trabajadores cesantes en oficios alternativos, así como "facilitarles la asesoría y los recursos financieros para que puedan formar, si lo desean, sociedades o empresas de operaciones portuarios".

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la ley 1ª de 1991, el Presidente de la República expidió el Decreto 36 de 1992 (enero 3), "por el cual se crea el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, se determina su estructura, organización y funcionamiento". El Fondo, en efecto, fue creado como un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con objetivos como los siguientes, que se especifican en su artículo 2º:

a) Manejar las cuentas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones señaladas en los artículos 35 y 36 de la Ley 1ª de 1991.

b) Manejar y organizar el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales a que tengan derecho los empleados y pensionados de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación.

Al desarrollar el objeto del fondo, el artículo 3º dispone que tendrá entre sus funciones:

a) Pagar las pensiones reconocidas por la Empresa Puertos de Colombia, a los empleados oficiales de la misma.

b) Atender las demás prestaciones económicas y asistenciales de las personas a que se refiere el literal anterior.

c) Efectuar el reconocimiento y pago de la pensiones de cualquier naturaleza de los empleados oficiales a los cuales se les haya reconocido o reconozca ese derecho en la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación.

d) Atender el pago de las prestaciones sociales de los empleados oficiales a los cuales se les haya reconocido o reconozca ese derecho en la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación.

V. **El régimen pensional y asistencial.** En Convenciones Colectivas celebradas entre COLPUERTOS y el sindicato de trabajadores del respectivo Terminal

Marítimo, fueron reconocidas prestaciones con carácter extralegal, tanto económicas como asistenciales, en favor de los trabajadores. Los servicios asistenciales se hicieron extensivos, dentro de ciertas condiciones a los familiares de los trabajadores.

A este respecto, se consulta si las prerrogativas extralegales de los pensionados y sus familiares expirarán en la fecha en que termine el proceso de liquidación de la Empresa Puertos de Colombia.

Respecto de la figura de la "extinción", referida a convenciones colectivas, ella no tiene causales expresadas en nuestra legislación. Sin embargo, por doctrina se establecen como causales, las siguientes:

a) Por reemplazo de la convención denunciada, por otra;

b) Por mutuo consentimiento;

c) Por terminación de la obra o labor determinados, a que se vinculó la convención;

d) Por causas estipuladas en la misma convención;

e) Por cierre definitivo de la empresa, que incluye quiebra o liquidación, y,

f) Por fusión de la empresa para dar lugar a una nueva empresa .

Se suelen agregar otras dos causales, aunque con la advertencia de que por lo general son de suspensión y solamente en casos extremos pueden ser consideradas de terminación de la convención: el caso fortuito o fuerza mayor, y la imposibilidad física o mental del patrono para cumplir la convención. (Cf. G. Guerrero Figueredo, "Derecho colectivo del trabajo, 1986, p.242).

De tal manera que la convención se extingue por la ocurrencia de una de las causales enunciadas. Pero los derechos extralegales constituidos en favor de los pensionados durante la vigencia de la convención, subsisten durante la vida del beneficiario y aún son transmisibles de conformidad con la ley.

Ciertamente, algunos efectos de la convención colectiva pueden prolongarse en el tiempo, por representar derechos adquiridos de los trabajadores. Tal es el caso de las prestaciones extralegales de carácter económico que, como la pensión de jubilación, se reconocen al trabajador que haya cumplido cierto tiempo de servicio y determinada edad, y que por tanto deberá ser pagada a partir de su desvinculación de la empresa. Como también los servicios asistenciales que se vinculan al derecho pensional y que, por tanto, benefician al pensionado, sin perjuicio de que puedan hacerse extensivos también a sus familiares. De modo que el trabajador y personas relacionadas con él por vínculos de parentesco, si es el caso, continuarán siendo titulares de

ese derecho, así la convención haya dejado de regir; salvo que en la misma convención se hubiese estipulado la cesación de la prestación asistencial al producirse la liquidación de la empresa.

LA SALA RESPONDE

En virtud del libre acuerdo entre las partes, es legalmente válido que empleador y sindicato incluyan en la convención colectiva, prerrogativas para los trabajadores de la empresa que lleguen a pensionarse y para familiares de éstos.

La liquidación de una empresa, una vez finiquitada, es causal de extinción de la convención colectiva de trabajo. Sin embargo, las prerrogativas extralegales de los pensionados y sus familiares, pactadas convencionalmente, mantendrán su vigencia y efectos jurídicos, hasta cuando se produzcan las causales de extinción que determine la ley o, sin contrariar ésta, la propia convención. En el caso de la Empresa Puertos de Colombia, cumplido el proceso de liquidación, las obligaciones relativas a las prestaciones sociales extralegales deberán ser asumidas por el establecimiento público denominado Fondo de Pasivo Social, creado por el Decreto-Ley 36 de 1992.

Si en la empresa mencionada, la liquidación se desarrolla progresivamente (terminal por terminal), las prerrogativas extralegales de los pensionados y de los familiares de éstos, reconocidas por Puertos de Colombia, se mantendrán aunque las convenciones vayan expirando. Precisamente para continuar atendiendo esa clase de prestaciones, ha sido creado por el Gobierno Nacional, con la debida autorización del congreso, el Fondo de Pasivo Social de Colpuertos.

(Para dar cumplimiento al mandato contenido en el art.112 del Código Contencioso Administrativo, transcríbase, en sendas copias autenticadas, al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte 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.

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos/IRRETROACTIVIDAD RETROSPECTIVIDAD/SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos.

La declaratoria de nulidad y de inexequibilidad se asimilan en sus efectos. La aclaratoria tiene efectos *ex tunc* o con caracter retrospectivo. La norma declarada nula o inexequible, deja de aplicarse desde el momento en que queda ejecutoriada la sentencia que así lo disponga. Los hechos cumplidos o situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de nulidad de norma que les sirvió de sustrato, subsisten por cuanto tal nulidad no es retroactiva en sus efectos.

AUXILIOS/SENTENCIA DE NULIDAD/CONTRATO-Cumplimiento /ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO/CONTRATO ADICIONAL-Procedencia/ PRINCIPIO DE LA BUENA FE/PLAN SECCIONAL DE DESARROLLO/ ENTIDAD TERRITORIAL

Los contratos celebrados, con anterioridad a la fecha de ejecutoria de la sentencia que declara la nulidad del art. 3o. del Decreto 777 de 1992, entre el Ministerio de Salud y entidades privadas sin ánimo de lucro, se debe seguir ejecutando, de conformidad con sus cláusulas contractuales. En estricto derecho, la administración (Ministerio de Salud) puede celebrar contratos adicionales o concretar otros nuevos con entidades privadas sin ánimo de lucro. No obstante, frente a principios rectores de la buena fé y observando una conveniente prudencia, la administración debe abstenerse de celebrar nuevos contratos, hasta cuando la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado decida el recurso de súplica interpuesto. De no observarse esta conducta, en un futuro los nuevos contratos pueden eventualmente resultar comprometidos en su validez, lo cual redundaría en detrimento de los intereses económicos del Estado. Los planes seccionales de desarrollo, adoptados de conformidad con las normas constitucionales y lega-

les vigentes, sirven de fundamento en la celebración de los contratos de que trata el art. 355 de la C.P.. De consiguiente, los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, que gozan de autonomía para la gestión de sus negocios, puede celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro dentro del marco propio que les asigne su respectivo plan de desarrollo seccional o local.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/CONTRATO-Cumplimiento **/ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO/CONTRATO ADICIONAL-**Procedencia **/PRINCIPIO DE LA BUENA FE/PLAN SECCIONAL DE DESARROLLO/ENTIDAD TERRITORIAL**

Los contratos celebrados, con anterioridad a la fecha de ejecutoria de la sentencia que declara la nulidad del artículo 3o. del Decreto 777 de 1992, entre el Ministerio de Salud y las entidades privadas sin ánimo de lucro, se debe seguir ejecutando, de conformidad con las cláusulas contractuales. En estricto derecho, la administración (Ministerio de Salud) puede celebrar contratos adicionales o concretar otros nuevos con entidades privadas sin ánimo de lucro. No obstante, frente a principios rectores de la buena fé y observando una conveniente prudencia, la administración debe abstenerse de celebrar nuevos contratos hasta cuando la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado decida el recurso de súplica interpuesto. De no observarse esta conducta, en un futuro los nuevos contratos pueden eventualmente resultar comprometidos en su validez, lo cual redundaría en detrimentos de los intereses económicos del Estado. Los planes seccionales de desarrollo, adoptados de conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes, sirven de fundamento en la celebración de los contratos de que trata el artículo 355 de la C.P. De consiguiente, los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, que gozan de autonomía para la gestión de sus negocios, pueden celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro dentro del marco propio que les asigne su respectivo plan de desarrollo seccional o local.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. Roberto Suárez Franco.

Radicación Nº 528.

Referencia: Consulta formulada por el Señor Ministro de Salud, sobre los efectos del fallo del H. Consejo de Estado en relación con el artículo 3º del Decreto 777 de 1992.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Salud, doctor Juan Luis Londoño de la Cuesta, formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

El artículo 49 de la Constitución Política dispone: "La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer, las políticas para la prestación de los servicios de salud con entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad".

El artículo 355 de la Constitución Política reza: "Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital, y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia".

Estipula el artículo 365 de la Constitución Política: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégi-

cas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita".

En desarrollo del precepto constitucional contenido en el artículo 355, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 777 de 1992, por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del citado artículo, vigente desde el 16 de mayo del mismo año.

FALLO DE NULIDAD DEL ARTICULO 3º DEL DECRETO 777 DE 1992, PROFERIDO POR LA SECCION PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO.

El pasado 04 de junio del año en curso, la Sección Primera, con ponencia del doctor MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, expediente 2138 actor HERNAN DARIO VERGARA MESA Y OTROS, profirió fallo de nulidad contra el artículo 3º del Decreto 777 del 16 de mayo de 1992, por considerar que el Gobierno Nacional no puede celebrar este tipo de contratos sin previa expedición de un Plan Nacional de Desarrollo, adoptado mediante la ley. Igualmente consideró el Consejo de Estado, que la ley que apruebe el Plan Nacional de Desarrollo no puede suplirse a través de una reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, ni pretenderse que los Planes, Programas y Proyectos que haya aprobado o apruebe el CONPES, hagan las veces de aquel.

IMPUGNACION DEL FALLO

En ejercicio del recurso extraordinario de súplica, consagrado en el Código Contencioso Administrativo, este Organismo impugnó el fallo anteriormente citado, sobre la base de considerar que no se conjugaba con la apreciación conceptual respecto de la oportunidad de expedir por parte del Gobierno Nacional el Plan Nacional de Desarrollo, reiterando la estructura jurídica organizacional determinada para las instituciones de utilidad común sin ánimo de lucro, prestatarias de servicios de salud, que integran el Sistema de Salud.

Igualmente se hace énfasis en las responsabilidades asignadas al Estado por la Constitución y la ley en materia de prestación del servicio público de salud y su implicación social.

ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS ANTERIORES A LA EXPEDICION DEL FALLO

Con fundamento en el Decreto 777 de 1992, la Nación -Ministerio de Salud, los Departamentos, Los Distritos y Municipios, celebraron contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público en el área de la salud, desarrolladas por las citadas instituciones, tal es el caso del Hospital San Juan de Dios y el Lorencita Villegas de Santos, en la ciudad de Santafé de Bogotá, Fundación San Vicente de Paúl en Medellín, Hospital San Pedro de Pasto, entre otros.

Estos contratos se encuentran en plena ejecución, los recursos que amparan las obligaciones se hicieron en su mayoría con los rubros correspondientes al Situado Fiscal y Rentas Cedidas, los cuales tenían esta destinación específica en la Ley Anual de Presupuesto, razón por la cual en la mayoría de las veces los giros se hacen mensualmente a razón de una doceava del valor del contrato.

Algunas entidades territoriales, han adoptado para su correspondiente jurisdicción territorial Planes Seccionales de Desarrollo, estableciendo para el Sector Salud y en general para el gasto público social, objetivos, metas y estrategias contemplando dentro de los mismos la colaboración de entidades privadas sin ánimo de lucro. Como ejemplo de lo aquí expresado podemos citar el Departamento de Antioquía, toda vez que el señor Gobernador expidió el Decreto 3852 del 11 de diciembre de 1992, por medio del cual puso en vigencia el Plan de Desarrollo Económico y Social de Antioquia, el Plan Programático para el período 1992-1994, conformado por el Plan Estratégico 1992-1994 y el Plan de Inversiones 1992-1993, ratificado por la Asamblea Departamental en sesiones extraordinarias, mediante Ordenanza Nº 4 del 04 de junio de 1993.

CONSULTA

Con base en las anteriores consideraciones este Despacho formula la siguiente consulta:

1. Se pueden seguir ejecutando los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de declaratoria de Nulidad del artículo 3º del Decreto 777 de 1992, por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, hasta terminar el desarrollo de su objeto?

2. Frente al recurso de súplica interpuesto por el Gobierno Nacional, contra el fallo de que hemos venido haciendo referencia, puede la administración celebrar nuevos contratos adicionales a los ya suscritos o celebrar nuevos contratos con base en el artículo 3º del Decreto 777 de 1992?

3. Los actuales Planes Seccionales de Desarrollo, adoptados por las entidades territoriales, son aptos para servir de base en la celebración de los contratos de que trata el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política?

4. En consideración a las responsabilidades asignadas al Estado por la Constitución y la ley, especialmente lo previsto en el artículo 49 de la Carta Política, en materia de prestación del servicio público de salud, de las cuales éste no se puede sustraer, qué procedimiento sustitutivo debe surtir la administración, en caso de no poderse seguir ejecutando los contratos suscritos en desarrollo del Decreto 777 de 1992?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Fundamentos constitucionales.

1. Antecedentes.

a) El artículo 355 de la Constitución Nacional, dispone que "Ninguna de las ramas u órganos del Poder Público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

"El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital o municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia".

b) A su vez el artículo 339 de la misma Carta determinó lo concerniente al Plan Nacional de Desarrollo, al Plan de Inversiones, y a los Planes regionales y locales. Consagra la norma citada que: "Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.

" Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el Gobierno Nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo".

2. Planes seccionales de desarrollo.

Las entidades territoriales, según la definición del artículo 286 de la Constitución Política son "los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas", las cuales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley (artículo 287 ibídem).

La propia Constitución, tanto dentro de las funciones de las entidades territoriales (arts. 300, 313, 330) como en el artículo 339 que define los planes de desarrollo les asigna a dichas entidades la elaboración y adopción de los planes de desarrollo con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de sus funciones.

Por manera que las entidades territoriales que, de conformidad con la Constitución, hayan adoptado sus planes seccionales de desarrollo, pueden celebrar los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con tales planes

seccionales de desarrollo, tal como se previene en el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución, siempre que cumplan con los requisitos allí exigidos y de conformidad con las disposiciones vigentes del Decreto 777 de 1992.

3 El principio de la buena fé.

Por otra parte, la Constitución vigente dispone que "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fé, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estos".

Este principio Constitucional ya tenía antecedentes en el artículo 769 del C.C. según el cual "la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria". Se aprecia entonces como la norma contenida en la Carta Fundamental difiere de la legal, es que aquella establece la presunción de la buena fé en forma escueta, sin considerar excepciones mientras que el artículo pertinente del C.C. prevé las que establezca la ley.

La buena fé prevista en el texto constitucional ha de entenderse entonces en forma general, sin que se exija calificación especial alguna. Se confunde con la simple honestidad de la conducta del hombre en su más simple expresión.

Se concluye de lo anterior que toda actividad que realicen los ciudadanos, se supone que lo hacen dentro del marco lícito que le determinan la Constitución y la ley, vale decir que obran desprovistos de ánimo culposo o doloso. Lo propio debe ocurrir con respecto a las autoridades, quienes por actuaciones negligentes o culposas no pueden comprometer los intereses del Estado y quedar de consiguiente incursos en responsabilidad por eventuales infracciones de carácter disciplinario o penal.

II. Fundamentos legales

El inciso segundo del artículo 355 de la C.N. fué desarrollado por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 777 de 1992, cuyo artículo 3º que expresa: "En razón de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 341 de la Constitución Política, durante los años 1992, 1993 y 1994 los contratos a que se refiere el presente decreto se sujetarán a los planes, programas y proyectos que hayan sido aprobados o que en el futuro llegue a aprobar el CONPES o quien haga sus veces a nivel territorial, y a los respectivos presupuestos".

La norma últimamente citada fué declarada nula por la Sección Primera de esta Corporación, mediante sentencia de 4 de junio del presente año. Según afirmación del Ministerio consultante, y de acuerdo a la documentación que obra en el expediente, éste interpuso el recurso de súplica contra la mencionada providencia.

De conformidad con principios vigentes del derecho procesal, (Decreto 2282 de 1989, art. 1º Num.155) la ejecutoria de la sentencia se cumple cuando no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley, o por haber pasado el término para interpo-

nerlos; razón por la cual para resolver el caso consultado es necesario establecer dos situaciones hipotéticas, sin desconocer que hasta la fecha, la legalidad del artículo 3º del Decreto 777 de 1992 está aún sub-júdice, como se explicará más adelante.

III. Antecedentes jurisprudenciales

En términos generales, la primera parte de la consulta se concreta a determinar los efectos de la declaratoria de nulidad, aspecto que ha sido tratado en reiteradas oportunidades por el Consejo de Estado.

A este respecto esta Sala, en consulta de 26 de abril de 1973, de 18 de septiembre de 1980, de 24 de mayo de 1983 y de 9 de diciembre de 1986, entre otras, y con salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo, se pronunció así:

"... La Corte Suprema de Justicia ha tenido reiterada doctrina en el sentido de asemejar los conceptos de inexequibilidad y derogación de la ley. Para la Corporación el fallo suprime para el futuro la aplicación del acto declarado inexequible, sin preocuparse de lo ejecutado en virtud de él. En sentencia de julio 30 de 1955 dijo: La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad, sino los de una derogatoria de la norma acusada" (G.J.T.LXXX, pág. 645).

Y se agrega en la consulta objeto de esta transcripción:

"El Consejo de Estado, en cambio, se ha apartado del criterio de la Corte. Luego de rechazar la equivalencia entre la inexequibilidad y la derogación, la establece con la nulidad. El acto inconstitucional no tendrá aplicación futura, ni se reconocen sus consecuencias, volviendo las cosas al estado anterior, como si no hubiera existido. Así en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de noviembre 23 de 1964, se manifestó: "Para la Sala no es lo mismo la derogación que la inexequibilidad, porque la primera, llámese abolición, abrogación, o derogación no puede tener lugar sino en fuerza de una ley posterior, esto es, de un acto emanado del poder legislativo y revestido, por consiguiente, de todas las formas exigidas para la existencia y eficacia de la ley ", según el profesor Nicolás Goviello.

"En la derogación, la ley se extingue por obra del mismo poder que le dió vida; en la inexequibilidad, la extinción se produce, por el contrario, por obra de un poder distinto. La derogación presupone la validez de la norma; en cambio, la inexequibilidad supone la invalidez. La derogación de la ley es atribución propia del Congreso (art. 76 C.N.); la declaración de inexequibilidad es atribución de la Corte Suprema de Justicia (art. 214 ibídem).

"La declaración de **inexequibilidad equivale a una declaración de nulidad**. (Subraya la Sala). Así lo han admitido juristas como el doctor Fernando Garavito A. en su célebre estudio citado por el señor fiscal y por el apoderado de la parte impugnadora, y como el doctor Miguel Moreno Jaramillo quien no vacila en su libro

"Sociedades", al expresar las diferencias que existen entre los conceptos de "Nulidad, Suspensión, Revocación, Inaplicabilidad, es decir: En la columna precedente nos trazamos un renglón especial para la palabra **inexequibilidad**, porque en el fondo esta significa tanto como nulidad. La sentencia de inexequibilidad de una ley, decreto u ordenanza, por ser contrarios a la Constitución equivale a una declaración de nulidad del acto (Ob cit, III pág. 903).

Si, pues para que haya derogación se requiere otra ley eficaz que extinga la primera, si para que una ley sea inexequible se requiere una sentencia que declare que es contraria a la Constitución, la derogación y la inexequibilidad no pueden ser conceptos jurídicos equivalentes, pues son actos que difieren por sus autores, por sus motivos, y por sus fines. En cambio, si tanto en derecho público como en derecho privado se dice que "está **anulado** un acto cuando por sentencia definitiva, se consideró afectado de vicios que impidieron producir efectos" (Moreno Jaramillo), la declaración de inexequibilidad sí equivale a la declaración de nulidad, pues no se hace cosa distinta que decir que la ley estaba afectada del vicio de inconstitucionalidad que le impidió producir efectos. "**Inexequible** es lo que no produce efectos, lo que no tiene vida dice el doctor Fernando Garavito en su mencionado estudio, porque "etimológicamente el vocablo **exequible** quiere decir con efecto, con valor, que puede ejecutarse o cumplirse, ***quo effici potest***".

"4. Existe un tercer criterio, equidistante de los anteriores, sostenido por notorios estudiosos de derecho, en sentido de que la sentencia de inexequibilidad, no deroga la ley, ni la anula. Simplemente dice que es inexequible, es decir que en lo sucesivo no tendrá más vida, que desaparece de la normatividad jurídica, porque es contraria a la Constitución, cúspide del orden jerárquico establecido en nuestro derecho.

"No hay equivalencia con la derogación, porque ésta, en cualquiera de sus clases, es facultad constitucional y propia del legislador. No se equipara a la nulidad, porque la invalidación implicaría desconocer efectos desde la expedición de la ley, inaceptable en un sistema de respecto a los legítimos derechos, y de equilibrada distribución de competencia, sin usurpación de funciones y de autonomía, entre las ramas del poder público, principios fundamentales de un Estado de Derecho.

"Pero a pesar de la disconformidad de criterios expuestos, coinciden los mismos, en el señalamiento de los EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD. Está definido que no tiene efecto retroactivo, sino hacia el futuro, y de consiguiente, que se reconocen los hechos o situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley, antes del pronunciamiento de la sentencia. El mundo de las relaciones exige garantía de estabilidad para las mismas, cuando fueron concretadas bajo la forma que se presumía válida. Esa certidumbre comunica seriedad y seguridad de los actos jurídicos, y también general armonía social, porque evita distorsión en el tratamiento de los derechos ya individualizados en razón de la ley jurídicamente existente".

Por último y con relación a la consulta que se transcribe se concluye:

"Al respecto, ésta Sala en consulta que absolvió al señor Ministro de Gobierno, en noviembre 13 de 1969, precisó las consecuencias del fallo de inexequibilidad, en los términos siguientes:

"1. Desde la sentencia que declara la inexequibilidad de una ley, ésta deja de aplicarse, sus efectos cesan;

"2. Los hechos cumplidos por la aplicación de la ley, con anterioridad a la sentencia, que la declara inexequible, subsisten porque, el fallo no tiene efecto retroactivo, salvo "cuando se trata de derechos civiles adquiridos o lesionados con la ley que se declare inexequible, pues, en este caso sí puede tener efecto para el pasado la inexequibilidad como lo admitió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23 de febrero de 1927.

"3. Cuando se declara inexequible una ley derogatoria de otra, subsiste, revive o recobra su plena vigencia la ley que quiso derogar".

Teniendo en cuenta la consulta transcrita, se sustraen las siguientes conclusiones respecto de los efectos de una declaratoria de nulidad; estos son:

1. La declaratoria de nulidad y de inexequibilidad se asimilan en sus efectos.

2. La declaratoria tiene efectos ex tunc o con carácter retrospectivo.

3. La norma declarada nula o inexequible, deja de aplicarse desde el momento en que queda ejecutoriada la sentencia que así lo disponga.

4. Los hechos cumplidos o situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de nulidad de la norma que les sirvió de sustrato, subsisten, por cuanto tal nulidad no es retroactiva en sus efectos.

De otra parte, esta última conclusión tendría aplicación tanto en el caso de que los efectos de la declaratoria de nulidad sean ex nunc (para el futuro), o ex tunc (retroactivo).

IV. Planteamiento de hipótesis.

Ahora bien, en el caso de cuyo estudio se ocupa la Sala se plantean dos situaciones hipotéticas ya anunciadas y relacionadas con la procedencia, o no del recurso.

Primera hipótesis.

El recurso de súplica surte sus efectos y se revoca la sentencia que declaró la nulidad del artículo 3º del Decreto 777 de 1992. En este caso los efectos de los contratos que ya hubiesen celebrado como los que estuvieren en la etapa de perfeccionamiento, continuarán en su desarrollo normal y obligarían su ejecución en los términos convenidos. Además, podrían seguirse celebrando nuevos contratos de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Segunda Hipótesis.

Si resuelto el recurso de súplica, se confirma la sentencia que declaró la nulidad del artículo 3º del Decreto 777 de 1992.

En este caso, tal como se anotó con fundamentos en antecedentes jurisprudenciales, dicha declaratoria tendría efectos hacia el futuro; esto es, ejecutoriada la sentencia no pueden celebrarse nuevos contratos por parte de la Nación, departamentos, distritos y municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro, aunque de reconocida idoneidad, para atender programas y actividades de interés público, salvo, cuando estas entidades territoriales, distintas a la Nación, lo hagan con respaldo en sus planes seccionales de desarrollo aprobados conforme a la Constitución y la ley.

Otra es la situación de los contratos celebrados con anterioridad, a la declaratoria de nulidad que impliquen una situación formalizada antes de la ejecutoria de la sentencia, por cuanto surten efectos en la plenitud de sus cláusulas contractuales, debiendo cumplirse a cabalidad.

De otra parte, de acuerdo con lo establecido por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración en materia de contratación" y en el caso consultado, debe tenerse presente que si bien la sentencia que declara la nulidad del artículo 3º del Decreto 777 aún no está en firme no puede prescindirse de principios orientadores de la buena fé que se entienden involucrados en el contrato. Además de los ya estudiados se tiene el contenido en el artículo 1603 de C.C. según el cual "Los contratos deben ejecutarse de buena fé, y por consiguiente obligan no sólo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

Y es que como la norma primordial en una materia de contratación administrativa especialmente, se observa que todo en ella debe tender a lograr la eficiencia del servicio público, y no a entorpecer o crear obstáculos que luego resulten perjudiciales para la misma administración y sus administrados.

Además, no sobra agregar que los contratos no pueden ser declarados nulos por un acto de carácter general e impersonal. Para dar por terminado un contrato específico es menester un acuerdo entre las partes que lo suscribieron, con el lleno de las formalidades legales, o por manifestación de grave inconveniencia del interés público mediante resolución motivada y con el lleno de los demás requisitos legales, o por declaratoria de nulidad proferida por la autoridad competente del Estado como consecuencia de un juicio controvertido y de acuerdo a las previsiones legales sobre el particular, todo sin perjuicio de la caducidad establecida en la ley.

CONCLUSIONES

1. Los contratos celebrados, con anterioridad a la fecha ejecutoria de la sentencia que declara la nulidad del artículo 3º. Del Decreto 777 de 1992, entre el Ministerio de Salud y las entidades privadas sin ánimo de lucro, se deben seguir ejecutando, de conformidad con las cláusulas contractuales.

2. En estricto derecho, la administración, (Ministerio de Salud) puede celebrar contratos adicionales o concretar otros nuevos con entidades privadas sin ánimo de lucro. No obstante, frente a los principios rectores de la buena fé y observando una conveniente prudencia, la administración debe abstenerse de celebrar nuevos contratos, hasta cuando la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado decida el recurso de súplica interpuesto. De no observarse esta conducta, en un futuro los nuevos contratos pueden eventualmente resultar comprometidos en su validez, lo cual redundaría en detrimento de los intereses económicos del Estado.

3. Los planes seccionales de desarrollo, adoptados de conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes, sirven de fundamento en la celebración de los contratos de que trata el artículo 355 de la Constitución Política.

De consiguiente, los departamentos, los distritos, los municipios, y los territorios indígenas, que gozan de autonomía para la gestión de sus negocios, pueden celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro dentro del marco propio que les asigne su respectivo plan de desarrollo seccional o local.

4. Como el cuarto interrogante de la consulta se condiciona en su formulación a la hipótesis de "no poder seguir ejecutando los contratos suscritos en desarrollo del Decreto 777", la Sala considera que está resuelto con la respuesta a la primera pregunta.

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

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

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala, con salvamento de voto; *Jaime Betancur Cuartas; Javier Henao Hidrón; Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizan su publicación con Oficio 1396 de 27 de julio de 1993.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos/RETROSPECTIVIDAD (Salvamento de Voto)

La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, de un decreto con fuerza legislativa o de un acto administrativo sólo tendría vigencia desde el día en que sufra ejecutoria para regir situaciones futuras. Los efectos de las sentencias dividirían arbitrariamente el pasado y el futuro del acto o norma anulada: en aquél sería válida y sólo en está nula, no obstante que ni la acción ni la sentencia pueden hacer esa diferenciación; por el contrario según ésta, el acto o la disposición es nula, sin ninguna consideración temporal, lo que prueba, también por este aspecto, que jurídicamente la sentencia tiene efectos retrospectivos o ex tunc. Además, resulta sorprendente, desde el punto de vista lógico, que el acto o la norma se convalide en el pasado a causa de una sentencia que la declara inconstitucional o nula. De manera que los efectos constitutivos de la sentencia y la declaración de inconstitucionalidad o nulidad para el futuro serían contradictorias. De donde se concluye que lo cierto y verdadero es que la sentencia y sus efectos se remontan hasta la fecha de expedición del acto con todas sus consecuencias. Sólo se exceptúan las situaciones definidas mediante sentencias ejecutoriadas. El efecto de la declaratoria de nulidad, en derecho público y en derecho privado, con fundamento en causal de nulidad absoluta o relativa, tiene como obligada consecuencia retrotraer a la situación anterior al acto declarado nulo, sea bilateral o unilateral. La excepción sólo podría provenir de la Constitución -en cuanto a su juzgamiento de las leyes y los decretos con la fuerza legislativa -o de la ley- para los actos administrativos.

TERRITORIOS INDIGENAS/CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS-Improcedencia **/PLAN SECCIONAL DE DESARROLLO** (Salvamento de voto)

Los territorios indígenas aunque plausiblemente son, según el art. 286 de la Constitución, "entidades territoriales", no están facultados, como los gobiernos nacional, departamentales, distritales y municipales para celebrar los contratos de prestación de servicios regulados por el art. 355, inciso 2o. de la Constitución. Además, la consulta sólo se refiere a estos contratos y no a los de "los territorios indígenas" entre las entidades que pueden celebrar contratos de prestación de servicios regulados por el art. 355, inciso 2o., de la Constitución, no armoniza con esta disposición.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS/PLAN NACIONAL DE INVERSIONES - Inexistencia/**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/PRINCIPIO DE LA BUENA FE** (Salvamento de Voto)

El artículo 355, inciso 2º, de la Constitución dispone que los contratos de prestación de servicios a que se refiere deben celebrarse con fundamento en "el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo". Los artículos 339 y siguientes de la Constitución regulan el plan nacional y el art. 341, inciso 3º ibídem dispone que "el plan nacional de inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes...". En consecuencia, si no existe el plan de inversiones, expedido mediante ley, que sirva de fundamento a los contratos de prestación de servicios que contempla el artículo 355, inciso 2º de la Constitución no lo puede reemplazar el plan administrativo, elaborado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, como dispone el art. 3º del Decreto 777 de 1991 declarado inconstitucional. En consecuencia esta disposición contraría manifiestamente el art. 355, inciso 2º de la Constitución y, con fundamento en el art. 4º ibídem, que contempla la excepción de inconstitucionalidad, se la debe inaplicar. Por lo tanto, mientras se surte el recurso de súplica contra la sentencia que declaró inconstitucional el artículo 3º del Decreto 777 de 1991, no se le puede aplicar por inconstitucional. De manera que jurídicamente no es posible que la administración, sin infringir la Constitución, celebre nuevos contratos con fundamento en el artículo 3º del Decreto 777 de 1991. La buena fe también implica el deber de no aplicar una disposición manifiestamente inconstitucional.

NORMA CONSTITUCIONAL-Prevalencia/**SERVICIO PUBLICO DE SALUD/SERVICIO PUBLICO DE SANEAMIENTO AMBIENTAL** (Salvamento de Voto)

La constitución prevalece sobre toda consideración de conveniencia. Según el art. 49 de la Constitución, "la atención de la salud y el sanea-

miento ambiental son servicios públicos cuya prestación incumbe al Estado. Los particulares, según la misma disposición constitucional, adicional o complementariamente pueden concurrir a prestarlos. Pero para ello es indispensable que los contratos de prestación de servicios que celebren con el Estado observen y no infrinjan el art. 355, inciso 2º, de la Constitución.

SALVAMENTO DE VOTO

1. Comparto la 3ª respuesta a las preguntas del señor Ministro de Salud en cuanto afirma que "los planes seccionales de desarrollo, adaptados de conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes, sirven de fundamento a la celebración de contratos de que trata el artículo 355 de la Constitución Política" y que, en esta hipótesis, los departamentos, los distritos y los municipios pueden celebrar esos contratos mediante el cumplimiento de los requisitos legales.

La misma respuesta agrega "los territorios indígenas". Pero éstos, aunque plausiblemente son, según el artículo 286 de la Constitución, "entidades territoriales", no están facultados, como los gobiernos nacional, departamentales, distritales y municipales para celebrar los contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 355, inciso 2º, de la Constitución. Además, la consulta sólo se refiere a estos contratos y no a los de los "territorios indígenas". De manera que la 3ª respuesta, a que me refiero, en cuanto incluye "los territorios indígenas" entre las entidades que pueden celebrar contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 355, inciso 2º, de la Constitución, no armoniza con esta disposición.

2. La jurisprudencia y la doctrina no son armónicas en cuanto a definir los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos y la inconstitucionalidad de las leyes y decretos con fuerza legislativa.

Uno de los criterios discrepantes consiste en considerar que esas decisiones sólo tienen efectos ex nunc o futuros, aunque se admite, a la vez, que como consecuencia de la sentencia recobra vigencia la ley, el decreto o la disposición reemplazada o sustituída por la declarada inconstitucional o nula, lo que significa reconocerle a la decisión, en este aspecto, efectos retrospectivos. La doctrina contraria a la anterior afirma que, en la hipótesis que se considera, la sentencia es declarativa, en cuanto resuelve ab initio el conflicto jurídico entre una o más disposiciones superiores y otras posteriores de inferior jerarquía, de modo que sus efectos necesariamente son ex tunc o retrospectivos. Así, si se declara la inconstitucionalidad de una ley -o su inexequibilidad -, según este criterio, la sentencia produce efectos desde la fecha de su sanción, desde cuando, por existir como ley, infringió la Constitución. En cambio, el criterio adverso afirma que la sentencia sólo produce efectos desde su ejecutoria y que, en este ejemplo, la inconstitucionalidad de la ley sólo tiene efectos futuros.

Es importante observar, en este respecto, que los criterios expuestos se han elaborado sin que la Constitución ni la ley hayan regulado la materia y que el artículo 31, inciso 2º, del Decreto 2067 de 1991, que atribuía a las sentencias de la Corte Constitucional efectos futuros, fue declarado inconstitucional por sentencia de 25 de marzo de 1993, proferida por la misma entidad.

La doctrina que reconoce efectos retrospectivos o ex tunc a la sentencia de inconstitucionalidad o nulidad se funda, sobre todo, en la índole y la finalidad de la acción y en el carácter declarativo de la decisión: la acción origina una controversia no litigiosa que tiene por objeto verificar si el acto controvertido -ley, decreto con fuerza legislativa o acto administrativo- al ser expedido infringió o no la disposición o las disposiciones de superior jerarquía, anteriores a él, invocadas como infringidas.

En cambio, el efecto ex nunc o futuro de la decisión, que contraría la finalidad de la acción de inconstitucionalidad o nulidad y el carácter declarativo de la sentencia, se funda en motivos de conveniencia que se hacen consistir en la necesidad de la necesidad jurídica: se olvida así que ésta proviene de la sentencia cuyos efectos jurídicamente no pueden despojarla de su eminente carácter declarativo ni menos reemplazarla con otro constitutivo que le sea contrario, a saber: Con esta doctrina la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, de un decreto con fuerza legislativa o de un acto administrativo sólo tendría vigencia desde el día en que sufra ejecutoria para regir situaciones futuras. Los efectos de la sentencia dividirían arbitrariamente el pasado y el futuro del acto o norma anulada: en aquél sería válida y sólo en esté nula, no obstante que ni la acción ni la sentencia pueden hacer esa diferenciación; por el contrario según ésta, el acto o la disposición es nula, sin ninguna consideración temporal, lo que prueba, también por este aspecto, que jurídicamente la sentencia tiene efectos retrospectivos o ex tunc. Además, resulta sorprendente, desde el punto de vista lógico, que el acto o la norma se convalide en el pasado a causa de una sentencia que la declara inconstitucional o nula. De manera que los efectos constitutivos de la sentencia y la declaración de inconstitucionalidad o nulidad para el futuro serían contradictorias. De donde se concluye que lo cierto y verdadero es que la sentencia y sus efectos se remontan hasta la fecha de expedición del acto con todas sus consecuencias. Sólo se exceptúan las situaciones definidas mediante sentencias ejecutoriadas.

El efecto ex tunc o retrospectivo de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, de un decreto con fuerza legislativa o de un acto administrativo ha sido prohijado en conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 17 de noviembre de 1958 y de 2 de septiembre de 1961 (Anales Tomo LXII, 2º Volumen, pags. 915 y 956, respectivamente) y en sentencias de 23 de noviembre de 1964, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Anales Tomo LXVIII, pags, 169 y 170), 5 de abril y 15 de mayo de 1968, de la Sala de Consulta y Servicio Civil (Anales Tomo LXXIV, pags. 15 y 63 a 80, respectivamente) y 8 de junio de 1972 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Anales Tomo LXXXII, pags. 217 a 224).

3. El concepto mayoritario, tras haber alusión a los criterios expuestos sobre la interpretación de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de las leyes, de los decretos con fuerza de ley y de los actos administrativos y transcribir algunos apartes de las sentencias y del concepto que invoca, prohíja -no el criterio que afirma que esas sentencias sólo producen efectos para el futuro- la doctrina que afirma que "la declaratoria de nulidad y de inexequibilidad se asimilan en sus efectos", que "la declaratoria tiene efectos ex tunc o con carácter retrospectivo" y que "la norma declarada nula o inexequible deja de aplicarse desde el momento en queda ejecutoriada la sentencia que así lo disponga"(pag.14).

Sin embargo, contradictoriamente también afirma que "los hechos cumplidos o situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de nulidad de la norma que les sirvió de sustrato, subsisten, por cuanto tal nulidad no es retroactiva en sus efectos".

La mayoría olvidó que el efecto de la declaratoria de nulidad, en derecho público y en derecho privado, con fundamento en causal de nulidad absoluta o relativa, tiene como obligada consecuencia retrotraer a la situación anterior el acto declarado nulo, sea bilateral o unilateral. La excepción sólo podría provenir de la Constitución -en cuanto al juzgamiento de las leyes y los decretos con fuerza legislativa o de la ley- para los actos administrativos.

Esta incongruencia hizo que la mayoría afirmara que los contratos celebrados con fundamento en el artículo 3º del Decreto 777 de 1992, declarado nulo mediante sentencia no ejecutoriada, podían cumplirse mientras esa decisión no que de en firme, no obstante que, como he demostrado, ella es de carácter declarativo, anula la mencionada disposición y, en consecuencia, tiene efectos ex tunc o retrospectivos. Mayormente si el fundamento de la decisión consiste en la infracción del artículo 355, inciso 2º, de la Constitución que, en cuanto implica desconocimiento de una norma de derecho público, hace que todos los contratos celebrados con fundamento en el artículo 3º del Decreto 777 de 1992 estén afectados de causal de nulidad absoluta por objeto ilícito.

El principio de la buena fe, que parcialmente invoca la mayoría, también debe servir de fundamento para que la administración se abstenga de celebrar contratos contrarios a la Constitución y, por lo mismo, afectados de causal de nulidad absoluta por objeto ilícito. La buena fé es integral y en este caso obliga a no ejecutar los contratos inconstitucionales mientras se surte el recurso de súplica.

4. El artículo 355, inciso 2º, de la Constitución dispone que los contratos de prestación de servicios a que se refiere deben celebrarse con fundamento en "el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo". Los artículos 339 y siguientes de la Constitución regulan el plan nacional y el art. 341, inciso 3º Ibídem dispone que "el plan nacional de inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes...". En consecuencia, si no existe el plan de inversiones, expedido mediante ley, que sirva de fundamento a los

contratos de prestación de servicios que contempla el artículo 355, inciso 2º. de la Constitución no lo puede reemplazar el plan administrativo, elaborado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, como dispone el art. 3º del Decreto 777 de 1992 declarado inconstitucional. En consecuencia esta disposición contraría manifiestamente el art. 355, inciso 2º de la Constitución y, con fundamento en el art. 4º ibídem, que contempla la excepción de inconstitucionalidad, se la debe inaplicar. Por lo tanto, mientras se surte el recurso de súplica contra la sentencia que declaró inconstitucional el artículo 3º del Decreto 777 de 1992, no se le puede aplicar por inconstitucional.

De manera que jurídicamente no es posible que la administración, sin infringir la Constitución, celebre nuevos contratos con fundamento en el artículo 3º del Decreto 777 de 1992 que contraría la Constitución y ha sido declarado nulo. La buena fe también implica el deber de no aplicar una disposición manifiestamente inconstitucional.

5. Finalmente se pregunta: en caso de no poderse ejecutar los contratos celebrados con fundamento en el artículo 3º del Decreto 777 de 1992, "qué procedimiento sustitutivo debe surtir la administración" para cumplir el artículo 49 de la Constitución.

En primer lugar, esos contratos no pueden cumplirse por motivos de constitucionalidad: la Constitución prevalece sobre toda consideración de conveniencia. Además, según el art. 49 de la Constitución, "la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado" y "se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción y recuperación de la salud...".

De manera que "la atención de salud y el saneamiento ambiental" son servicios públicos cuya prestación incumbe al Estado. Los particulares, según la misma disposición constitucional, adicional o complementariamente pueden concurrir a prestarlos. Pero para ello es indispensable que los contratos de prestación de servicios que celebren el Estado observen y no infrinjan el artículo 355, inciso 2º, de la Constitución.

Fecha ut supra
Humberto Mora Osejo

ENTIDADES PUBLICAS/MUNICIPIOS - Facultades/AVAL - Improcedencia/SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS/ELECTRIFICACION RURAL

La operación consistente en la concesión del aval por parte del municipio no es legalmente procedente por dos razones: la primera, por cuanto no existe un estatuto de carácter legal que autorice tal tipo de operación comercial, para entidades de derecho público y, la segunda, en razón de que el numeral 2º del artículo 99 del Decreto 1333 de 1986 no lo permite. Por otra parte, si el municipio "condona" la obligación que adquiere el campesino en razón de habérsele hecho efectivo el aval se viola el artículo 355 de la Carta. En efecto, según dispone el artículo 1711 del Código Civil "La remisión o condonación de una deuda" que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita". El auxilio es una especie de donación gratuita por parte del Estado, en favor de una persona natural o jurídica, en este caso un campesino, operación ésta prohibida por la norma constitucional citada. Autorizada su publicación el 5 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. Roberto Suárez Franco

Radicación Nº 522.

Referencia: Consulta relacionada con el pago por parte del Municipio de Bolívar (Santander) de los avales a préstamos concedidos por la Caja de Crédito Agrario para la ejecución de programas de electrificación rural.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Guido Nule Amín, formula a la Sala la consulta en los términos textuales:

"1. En las áreas rurales del país las entidades electrificadoras adelantan programas de electrificación en los cuales los costos son compartidos entre ellas, el departamento, los municipios o los usuarios.

2. En el municipio de Bolívar (Santander) la Caja de Crédito Agrario ha otorgado préstamos a los campesinos con destino a obras de electrificación rural, que generalmente ejecuta la Electrificadora de Santander S.A. y, en ocasiones, particulares contratados directamente por los usuarios.

3. Desde el año de 1986 el municipio de Bolívar ha venido avalando, con la autorización del Concejo Municipal, las obligaciones asumidas por los campesinos con la Caja de Crédito Agrario para la ejecución de programas de electrificación rural.

Muchas de esas obligaciones fueron pagadas oportunamente a la Caja por el municipio, con recursos que el respectivo presupuesto asigna para electrificación rural.

4. A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 las autoridades municipales se han abstenido de cancelar estas obligaciones por considerar que el pago podría eventualmente configurar un auxilio prohibido por el artículo 355 de la Carta.

5. En la actualidad la Caja de Crédito Agrario está exigiendo el pago de deudas pendientes, tanto a los campesinos que carecen de los recursos necesarios para cancelarlas, como al municipio de Bolívar, que cuenta con tales recursos pero duda sobre la constitucionalidad de los pagos que llegare a efectuar.

Se consulta:

1. El pago por parte del Municipio de Bolívar (Santander) a la Caja de Crédito Agrario de las obligaciones asumidas por los campesinos para la realización de obras de electrificación rural y avaladas por él configura un auxilio prohibido por el artículo 355 de la Constitución Política?.

2. Habría alguna diferencia en el carácter del pago si éste corresponde a una obra ejecutada por la Electrificadora de Santander S.A. o a una obra realizada por un contratista particular?.

3. Podría el municipio de Bolívar celebrar un convenio con la Electrificadora de Santander S.A. para que ésta reciba de aquél los dineros destinados a programas de electrificación rural y los utilice en proyectos de beneficio para los usuarios campesinos?.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Fundamentos constitucionales

La Constitución Política considera al municipio como la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado Colombiano; le señala como funciones primordiales la prestación de servicios públicos domiciliarios, la promoción de la participación comunitaria y el desarrollo local en sus aspectos físico, económico, social y cultural (art. 311 367 inciso 2º).

El artículo 367 de la misma Carta dispone que los servicios públicos domiciliarios, entre los que se encuentran los de agua, energía eléctrica, aseo, alcantarillado, teléfono, gas natural, serán prestados directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

La reglamentación para la prestación de dichos servicios públicos domiciliarios como fijación de competencias, cobertura, calidad, financiación, régimen de tarifas, se defiere a la ley, según la citada norma constitucional.

Asimismo, la Constitución asigna a los Concejos, como de su competencia, reglamentar las funciones y la eficiente prestación de dichos servicios (313-1º) y les señala a los alcaldes la atribución de garantizar la eficiente prestación de los servicios públicos (art. 315-3º).

Es cierto que el artículo 355 de la Constitución prohibe los auxilios o donaciones por parte del Estado en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Agrega el artículo 355 últimamente citado en su inciso segundo que "El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital, y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia".

Por otra parte, es menester tener en cuenta el principio constitucional contenido en el artículo 6º según el cual "los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

2. Consideraciones de carácter legal.

a) Según se expresa en la consulta, en el Municipio de Bolívar, Departamento de Santander, la Caja de Crédito Agrario ha venido otorgando préstamos a los campesinos con destino a obras de electrificación rural.

Dichas operaciones crediticias, según la misma consulta, han sido avaladas por el Municipio de Bolívar; en muchos casos, si no en la totalidad, tales avales se han hecho efectivos al municipio, entidad que se ha visto obligada a cubrir el valor del crédito respectivo.

b) El mutuo o préstamo de consumo, según se consagra en el artículo 2221 del C.C., es "un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo a restituir otras".

En el mutuo comercial los intereses se suponen pactados (art 163 C. de Co.) cuando su reglamentación no se incorpora en el título.

Los títulos valores, según el artículo 616 del C. de Co., "son documentos necesarios para legitimar el ejercicio de derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, comparativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías".

C) El aval es una forma especial de garantía establecida en la ley comercial para respaldar obligaciones que constan en un título valor. Por el aval se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título valor (art. 633 C. de Co.) . El aval, es entonces una especie de garantía cambiaria, la cual podrá constar en el título mismo o en documento separado; y el mismo estatuto expresa que el avalista, o sea quien garantiza el título valor, queda obligado en los términos que corresponderían formalmente al avalado (art. 636).

Por otra parte de conformidad con el artículo 638 del C. de Co. "El avalista que pague adquiere los derechos derivados del título valor contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud del título".

En el caso materia de estudio, el crédito suscrito entre la Caja de Crédito Agrario y el campesino respectivo, que presumiblemente consta de un título valor y que ha sido avalado por el municipio, en la eventualidad del no pago por parte del campesino avalado dentro del plazo fijado en el instrumento, da la oportunidad a la entidad crediticia de hacerlo efectivo al avalista, vale decir, al municipio de Bolívar, el que tiene necesariamente que pagar a lo cual procederá con dineros públicos, acto que se halla prohibido por el numeral 2º del artículo 99 del Decreto 1333 de 1986, según el cual es prohíbido a los concejos "aplicar los bienes o ventas municipales a objetos distinto del servicio público" no lo permite.

De los expuesto hasta ahora se tiene que la operación consiste en la concesión del aval por parte del municipio no es legalmente procedente por dos razones: la primera, por cuanto no existe un estatuto de carácter legal que autorice tal tipo de operación comercial, para entidades de derecho público y, la segunda, en razón de que el numeral 2º del artículo 99 del Decreto 1333 de 1986 no lo permite.

Por otra parte, si el municipio "condona" la obligación que adquiere el campesino en razón de habérsele hecho efectivo el aval se viola el artículo 355 de la Carta.

En efecto, según dispone el artículo 1711 del Código Civil "La remisión o condonación de una deuda" que procede de mera liberalidad, está en todo **sujeta a las reglas de la donación entre vivos** y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita". El auxilio es una especie de donación gratuita por parte del Estado, en favor de una persona natural o jurídica, en este caso un campesino, operación ésta prohibida por la norma constitucional citada.

La destinación del crédito, cuyo pago contenido en el respectivo título valor garantiza el municipio mediante el aval, no cambia las consideraciones anteriores; la obligación principal, que es de carácter comercial, una vez reunidos los requisitos para su exigibilidad, debe ser pagada por el municipio ante el incumplimiento del deudor, en los mismos términos en que se obligó y para ello tendrá que recurrir a los dineros públicos existentes en las arcas del municipio.

3. Prestación del servicio domiciliario.

La situación es diferente cuando el municipio asume los programas de electrificación rural de conformidad con las asignaciones presupuestales, y cuando sea posible tanto en lo técnico como en lo económico, todo lo cual no se opone a la celebración de convenios con la Electrificadora para adelantar conjuntamente los programas de electrificación en su jurisdicción territorial. Ello se acomoda, como ya se expresó, a lo dispuesto en la Carta (arts. 312 y 367 inc. 2º).

No sobra advertir, que todos los dineros que demanden tales obras están sometidos al control fiscal, según lo determina el artículo 272 de la Constitución.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde:

1. El Municipio como avalista de un título valor, constituido por el alcalde con la autorización del Concejo, se convierte en garante de quien lo suscribe. Por tanto una vez se haga exigible tal título obliga su pago a la entidad pública; operación está prohibida por la ley; por lo demás puede conducir a la violación del artículo 355 de la Constitución en caso de hacerse efectivo el aval, motivo por el cual dicha operación es igualmente inadmisible.

2. No hay diferencia en el carácter mismo del pago si éste se hace a una entidad pública o privada, por cuanto los dineros provisional de una entidad crediticia de carácter comercial celebrada por un particular.

3. Es una de las prioridades del municipio, la prestación de los servicios públicos y entre éstos los domiciliarios. Para este efecto, puede celebrar convenios con entidades electrificadoras ciñéndose a las normas legales, con el fin de desarrollar programas de electrificación rural en beneficio de los usuarios campesinos, siempre que las características técnicas y económicas lo permitan y aconsejen.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Minas y Energía.

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

CARBOCOL-INTERCOR / IMPUESTO DE CIRCULACION Y TRANSITO / EQUIPO AUTOMOTOR / IMPUESTO DE TIMBRE NACIONAL / RECAUDO

La asociación CARBOCOL-INTERCOL está obligada a pagar el impuesto de circulación y tránsito de carácter municipal sobre la maquinaria pesada industrial y sobre los equipos destinados a las labores de minería de el complejo de El cerrejón, de conformidad con la tarifa anual señalada por la ley. Igualmente la Asociación. CARBOCOL-INTERCOL está obligada al pago del impuesto de timbre nacional accesorio al impuesto de circulación y tránsito, y cuyo recauda corresponde a los Departamentos, Intendencia, Comisarías y al distrito Especial de Bogotá según lo dispuesto en el artículo 52 de la ley 14 de 1983. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

CARBOCOL-INTERCOR / MAQUINARIA INDUSTRIAL-Inscripción / INVENTARIO NACIONAL AUTOMOTOR

Existe la obligación legal para la asociación CARBOCOL-INTERCOR de inscribir su materia industrial y equipo destinado a la explotación minera, en el Inventario Nacional Automotor, organizado por el decreto 2157 de 1970, dictado en ejercicio de las facultades conferidas al Gobierno por la ley 8a. de 1969, y cuya función esencial es la de mantener en forma actualizada todo lo referente a la integridad y situación jurídica de los vehículos automotrices terrestres y, de este modo, determinar su identificación y dar seguridad a las negociaciones que sobre ellos se realicen. si el impuesto de circulación y tránsito, y el de timbre nacional, recaen (salvo las exenciones de ley) sobre todo vehículos de uso particular, identificado y autorizado para circular, queda explícita la relación existente entre la inscripción del mismo en el In-

ventario Nacional Automotor y la generación de dichos impuestos. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil
Consejero Ponente: Dr. Javier Henao Hidrón.

Bogotá, D.E., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Referencia: Consulta sobre la causación de los impuestos de circulación y tránsito y de timbre nacional, en relación con los vehículos automotores pertenecientes a la Asociación CARBOCOL-INTERCOR. Radicación No. 249.

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte doctor Luis Fernando Jaramillo Correa, en ejercicio de la atribución señalada en el ordinal 1o. del artículo 141 de la Constitución y el ordinal 2o. del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo formula a la Sala la siguiente consulta:

a) Está obligada la Asociación CARBOCOL-INTERCOR a pagar impuesto de circulación y tránsito de carácter municipal sobre la maquinaria pesada industrial y sobre los equipos destinados a las labores de minería en el Complejo de El Cerrejón?

b) Está igualmente obligada la asociación CARBOCOL-INTERCOR al pago del impuesto de timbre nacional accesorio al impuesto de circulación y tránsito?

c) Existe la obligación legal para la Asociación CARBOCOL-INTERCOR de inscribir en el Inventario Nacional Automotor la maquinaria industrial y el equipo destinado a la explotación minera?

d) Existe alguna relación entre la inscripción en el Inventario Nacional Automotor y la generación de los impuestos referidos?

Previamente el señor ministro hace, en resumen, las siguientes apreciaciones en el memorial remitido a esta Sala: que CARBOCOL e INTERCOR celebraron un contrato de asociación para la explotación del yacimiento carbonífero del AREA B. del Cerrejón Zona Norte; que la ley 20 de 1969, artículo 7o., declaró de utilidad pública y de interés social la industria minera en sus ramas de exploración, explotación, beneficio, transporte y procesamiento; que la ley 61 de 1969, denominada "Ley del Carbón", en su artículo 2o. consagró la exención de los impuestos aduaneros, en beneficio de los equipos y maquinaria, sus accesorios y repuestos, que se importen al país para ser utilizados directa y exclusivamente en la exploración, explotación, beneficio y transformación mineral, o que estén destinados a efectuar sustitución de consumos de hidrocarburos por carbón, previa aprobación del Ministerio de Minas y Energía; que según el Código Civil, artículo 658, se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, entre otras cosas, los utensilios de minería; que el Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES-, en la resolución número 24 de

diciembre 17 de 1976 consideró que el contrato de asociación celebrado entre CARBOCOL E INTERCOR representa "notorio beneficio económico y social para el país y para la entidad estatal CARBONES DE COLOMBIA S.A."; que los terrenos donde se encuentra ubicada la mina y El campamento de El Cerrejón Zona Norte, en jurisdicción de los municipios de Barrancas y Maicao, departamento de la Guajira, son de propiedad privada de la Asociación CARBOCOL-INTERCOR; que el área donde se realiza la explotación del yacimiento y están ubicados, el campamento, la maquinaria y el equipo afectos a la explotación del yacimiento carbonífero, es de acceso altamente restringido y que la maquinaria y equipos allí ubicados no circulan por las vías públicas ni por las vías privadas que estén abiertas al público; que de acuerdo con concepto de el INTRA, de fecha 29 de enero de 1988, no serían objeto de el impuesto de circulación y tránsito, la maquinaria pesada industrial y los equipos de la Asociación CARBOCOL-INTERCOR, por cuanto los mismos no circulan por vías públicas o por vías privadas abiertas al público y, además, por que tienen la naturaleza jurídica de bienes inmuebles por destinación; y que el llamado impuesto de circulación y tránsito, consagrado en la legislación nacional por medio de disposiciones diversas, adolece de falta de claridad en sus presupuestos normativos.

SE CONSIDERA

CARBONES DE COLOMBIA - CARBOCOL-, que es una sociedad anónima de economía mixta sometida al régimen legal previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, celebró un contrato de asociación para la explotación del yacimiento carbonífero del Cerrejón Zona Norte, situado en el departamento de la Guajira, con la International Colombian Resources Corporation - INTERCOR -, sociedad organizada de conformidad con las leyes del Estado de Delaware y con sucursal en la ciudad de Bogotá, establecida mediante escritura pública de fecha 25 de enero de 1977.

Con la finalidad de dar cumplimiento a los objetivos previstos en el mencionado contrato, la Asociación CARBOCOL-INTERCOR adquirió el derecho de propiedad sobre los terrenos en donde se encuentra ubicada la mina y el campamento en El Cerrejón Norte, área que es "de acceso altamente restringido" y en la cual prestan su servicio la maquinaria y los equipos indispensables para cumplir la labor de explotación del yacimiento carbonífero.

Ciertamente esa maquinaria y equipos se reputan bienes inmuebles por destinación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 658 del Código Civil, por cuanto son " Utensilios de minería" que si bien por su naturaleza no son inmuebles, están permanentemente destinados al uso o beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento.

Ya para efectos de su identidad y de circulación por el territorio nacional, los vehículos de transporte terrestre automotor están sometidos a las regulaciones dictadas por el legislador en materia de transporte y tránsito, como consecuencia de las

facultades de intervención en la economía conferidas al Estado por los artículos 32 y 39 de la constitución.

Cuando a principios de la década de los años setenta se expidió el llamado Código de Tránsito Terrestre (decreto ley 1344 de 1970), resultó lógico que él mismo señalara su ámbito en los términos siguientes:

> Las normas del presente código rigen en todo el territorio nacional y regulan la circulación de los peatones, animales y vehículos por las vías públicas y por las vías privadas que estén abiertas al público.

Pero el régimen de impuestos relacionado con vehículos automotores, no puede ser correctamente interpretado con fundamento en el derecho civil o en el derecho de transporte, porque el derecho tributario es una rama jurídica autónoma, que dispone de principios propios y de una regulación independiente frente al resto del ordenamiento positivo, desde luego dentro del marco señalado por la Constitución como ley suprema del Estado.

Recogiendo una tradición sobre la materia, la ley 48 de 1968 dispuso que el Distrito Especial y los Municipios " continuarán autorizados para gravar con el impuesto de circulación y tránsito los vehículos de tracción mecánica" (artículo 1o).

De ahí el precepto contenido en el artículo 214 del Código de Régimen Municipal (decreto-ley 1333 de 1986) : "los vehículos automotores de uso particular serán gravados por los municipios por concepto del impuesto de circulación y tránsito de que trata la ley 48 de 1968, con una tarifa anual equivalente al dos por mil (2o/oo) de su valor comercial", norma que a su vez es reproducción textual del artículo 49 de la ley 14 de 1983, que versa sobre el fortalecimiento de los fiscos de las entidades territoriales.

Como puede observarse, la disposición vigente establece que el sujeto gravable del impuesto denominado de circulación y tránsito, son "los vehículos automotores de uso particular". Todos los vehículos automotores, a menos que la ley expresamente señale exenciones.

Del mismo modo que procedió la ley 61 de 1969 con los impuestos de aduana, respecto de los equipos y maquinarias, sus accesorios y repuestos, que se importen al país para ser utilizados directa y exclusivamente en la exploración, explotación, beneficio y transformación mineral..., es también la ley la que puede establecer exenciones en favor de cierta clase de vehículos, para efectos del pago de impuesto de circulación y tránsito, así como de su accesorio, el de timbre nacional sobre los mismos vehículos, cedido a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y al Distrito Especial de Bogotá, en virtud del artículo 52 de la ley 14 de 1983.

Siguiendo esa línea legislativa y dentro del criterio de hacer menos rígido el impuesto, la ley 14 de 1983, en su artículo 51, declaró exentos del impuesto de circulación y tránsito a los siguientes vehículos, enumerados en forma taxativa:

a. Los clasificados dentro del servicio público del transporte.

b. Los de propiedad de entidades de derecho público.
c. Los buses destinados exclusivamente al transporte de estudiantes.
d. Las bicicletas, motonetas y las motocicletas con motor hasta de 185 c.c. de cilindraje.
e. Los tractores, trilladoras y demás maquinaria agrícola. Y,
f. Los tractores sobre oruga, cargadores, mototraillas, compactadoras, motoniveladoras y maquinaria similar de construcción de vías públicas.

El impuesto de circulación y tránsito, por lo tanto, recae sobre los vehículos automotores de uso particular, con las exenciones a que se ha hecho referencia. De modo que ha sido establecido sobre los vehículos automotores, atendiendo a las características de éstos y no solamente por razón del uso de las vías públicas, sino también por el uso mismo del vehículo.

La "maquinaria pesada industrial y equipos" pertenecientes a la Asociación CARBOCOL-INTERCOR, aunque no circule ordinariamente por vías públicas, o lo haga solo por vías privadas "de acceso altamente restringido" para el público, y además tenga la naturaleza jurídica de bienes inmuebles por destinación, conforme al Código Civil, para efectos del impuesto de circulación y tránsito, así como de su accesorio de timbre nacional, resulta objeto de dichos gravámenes debido a que el hecho imponible es el uso potencial de vías públicas en el impuesto de circulación y tránsito, y el uso del vehículo en el de timbre. Y por cuanto no existe la exención que permita excluirlos de la regla general que hace recaer el impuesto sobre los vehículos automotores de uso particular.

Por lo demás, queda explícita la relación entre el registro o inscripción del vehículo y la generación del impuesto, independientemente de la destinación de aquél, su nula propiedad o tenencia, o del uso de las vías que tal destinación pueda generar.

SE RESPONDE

1. La Asociación CARBOCOL-INTERCOR está obligada a pagar el impuesto de circulación y tránsito de carácter municipal sobre la maquinaria pesada industrial y sobre los equipos destinados a las labores de minería de El Complejo de El Cerrejón, de conformidad con la tarifa anual señalada por la ley.

2. Igualmente la Asociación CARBOCOL-INTERCOR está obligada al pago del impuesto de timbre nacional accesorio al impuesto de circulación y tránsito, y cuyo recaudo corresponde a los departamentos, Intendencias, Comisarías y al Distrito Especial de Bogotá, según lo dispuesto en el artículo 52 de la ley 14 de 1983.

3. Existe la obligación legal para la Asociación CARBOCOL-INTERCOR de inscribir su maquinaria industrial y el equipo destinado a la explotación minera, en el Inventario Nacional Automotor, organizado por el decreto 2157 de 1970, dictado en ejercicio de las facultades conferidas al Gobierno por la ley 8a. de 1969, y cuya

función esencial es la de mantener en forma actualizada todo lo referente a la integridad y situación jurídica de los vehículos automotores terrestres y, de este modo, determinar su identificación y dar seguridad a las negociaciones que sobre ellos se realicen.

4. Si el impuesto de circulación y tránsito, y el de timbre nacional, recaen (salvo las exenciones de ley) sobre todo vehículo de uso particular, identificado y autorizado para circular, queda explícita la relación existente entre la inscripción del mismo en el Inventario Nacional Automotor y la generación de dichos impuestos.

Transcríbase al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contensioso Administrativo, artículo 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SERVICIOS AEREOS COMERCIALES - Explotación/PRINCIPIOS DE RECIPROCIDAD/EMPRESA EXTRANJERA EXPLOTADORA DE SERVICIOS AEREOS/EMPRESA NACIONAL EXPLOTADORA DE SERVICIOS AEREOS/IMPUESTOS

El permiso de operación de la empresa extranjera hacia el territorio colombiano, de conformidad con el artículo 1870 del Código de Comercio, requiere "la existencia de una adecuada reciprocidad con los explotadores colombianos". Por consiguiente, el principio de la reciprocidad no puede ser remplazado o sustituido por ningún pacto o acuerdo entre empresas que implique desconocimiento o infracción del artículo 1870 del Código de Comercio; además, tampoco se podría sustituir por un pago o una retribución, estipulada a favor del Estado y a cargo de una empresa extranjera, el principio de reciprocidad sin infringir los artículos 1866 y 1870 del Código de Comercio: la primera de estas disposiciones contempla los convenios o acuerdos entre los "exploradores" de los servicios aéreos comerciales, internos e internacionales, para que coordinen sus esfuerzos en interés público o social, y la segunda exige, como se ha explicado, para la operación de empresas extranjeras, el principio de reciprocidad; pero ninguno de estos preceptos permite estipular, con la empresa extranjera, el pago de una remuneración para hacerlos nugatorios. El Estado sólo puede exigir a las empresas, nacionales y extranjeras, que explotan servicios aéreos comerciales, los impuestos, tasas y contribuciones prescritos por la ley. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Radicación Nº 218.

Referencia: Consulta del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, sobre cobro de derecho a Aerolíneas Extranjeras por parte del Estado Colombiano.

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

"1. Hay una empresa aérea colombiana autorizada para operar, hacia territorio de un determinado país extranjero, y en reciprocidad, hay una empresa aérea de ese país extranjero, autorizado para operar hacia territorio colombiano.

"2. Por diversos motivos, la operación es unilateral, debido a que la línea aérea colombiana no opera hacia territorio extranjero, no ejerciendo así los derechos recíprocos que le corresponden.

"¿De acuerdo con la situación expresada, sería legal que la línea aérea colombiana reciba un pago por parte de la línea aérea extranjera, sobre el ingreso percibido por la operación de la ruta como consecuencia de un acuerdo suscrito entre ambas líneas aéreas?.

"1. No hay ninguna línea aérea colombiana autorizada para operar hacia el territorio de un determinado país extranjero.

"2. Hay una línea aérea extranjera autorizada para operar una ruta hacia territorio colombiano, pero no existe reciprocidad con ningún explotador colombiano, puesto que no hay ninguna línea aérea colombiana autorizada para operar hacia ese país extranjero.

"De acuerdo a lo anterior, sería legal que una línea aérea colombiana reciba un pago por la operación de una ruta, de parte de una línea aérea extranjera, sin estar la línea aérea colombiana autorizada para operar esta ruta?

"1. Hay una aerolínea extranjera autorizada para operar hacia territorio colombiano.

"2. No hay ninguna aerolínea colombiana operando alguna ruta hacia ese país extranjero.

"¿Podría el Estado Colombiano, en estos casos en que no es posible la reciprocidad con transportadores colombianos, cobrar algún derecho a la aerolínea extranjera? A título de que?".

La Sala considera:

1. Según el artículo 1774 del Código de Comercio la Aeronáutica Civil es "el conjunto de actividades vinculadas al empleo de aeronaves civiles", que están "so-

metidas a la liquidación, vigilancia y reglamentación del Gobierno"(artículo 1773 ibídem).

2. El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, de acuerdo con el artículo 1º, número 1, del Decreto-Ley 2332 de 1977, debe "dirigir, regular, coordinar y controlar las actividades de aeronáutica civil, privada o estatal, nacional o internacional, que desarrollen en los espacios sometidos a la soberanía nacional" y, según el artículo 1782, inciso 2º, del Código de Comercio, le corresponde, además, "dictar los reglamentos aeronáuticos", de conformidad con las leyes y los tratados o convenios internacionales .

3. Los "servicios aéreos comerciales" son los prestados "por empresas de transporte público o de trabajos aéreos especiales"; se entiende por las primeras las que efectúan, con las debidas autorizaciones, "transporte de personas, correo o carga", y por las segundas las que cumplen, con el asentimiento de las correspondientes autoridades, cualquiera "otra actividad comercial aérea" (artículo 1853 del Código de Comercio).

Además, los servicios aéreos comerciales pueden ser internos o internacionales; aquéllos si se prestan dentro del territorio nacional y éstos si comprenden el de dos o más países (artículo 1855 del Código de Comercio).

4. El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como "autoridad aeronáutica", debe, de acuerdo con los reglamentos, otorgar "el permiso de operación a las empresas que efectúen servicios aéreos comerciales", como también vigilarlas e inspeccionarlas para que presten el servicio en forma adecuada. El permiso de operación sólo puede expedirse si la empresa que lo solicita demuestra "su capacidad administrativa, técnica y financiera en relación con la actividad que se propone desarrollar" y requiere, además, que la capacidad de la empresa se mantenga durante su vigencia. Los permisos de operación se entregan sobre "rutas aéreas determinadas" en consideración de la índole y capacidad de cada una de las empresas, por lo mismo son intuitu personae y no pueden ser "cedidos ni traspasados a ningún título"(artículos 1856, 1857 y 1858 del Código de Comercio).

5. La capacidad administrativa, técnica y financiera se determina, en cada caso, con fundamento en la clasificación de los servicios aéreos, de los exploradores y las rutas y en las condiciones que para obtener los respectivos permisos de operación prescriba la "autoridad aeronáutica", según el artículo 1860 del Código de Comercio, "con la finalidad de lograr la prestación de servicios aéreos seguros, eficientes y económicos, que al mismo tiempo garanticen la estabilidad de los explotadores y de la industria aérea en general".

6. Los servicios aéreos colombianos, internos e internacionales, sólo pueden ser prestados "por personas naturales o jurídicas nacionales", domiciliadas en Colombia, y la "autoridad aeronáutica hasta puede exigir que determinados servicios se presten mediante una sociedad". Del mismo modo, las empresas colombianas pue-

den "prestar servicios aéreos internacionales con aeronaves extranjeras", mediante acuerdos de colaboración o integración con empresas aéreas extranjeras, o por medio de la constitución "de sociedades multinacionales de transporte aéreo", siempre que la "autoridad aeronáutica" autorice esas "formas especiales de operación cuando el interés público y la protección de la industria aérea nacional así lo aconsejen"(artículos 1864 y 1865 del Código de Comercio).

7. Según el artículo 1870 del Código de Comercio, las empresas extranjeras también pueden prestar servicios de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos, "de conformidad con las convenciones o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte, o cuando ellos no sean aplicables, mediante permiso previo de la autoridad aeronáutica"; pero en la última hipótesis, los permisos o licencias de operación deben concederse siempre que exista "una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos".

8. Además, según el artículo 1866 del Código de Comercio, la "autoridad aeronáutica" debe revisar y aprobar previamente, en interés público o social, "los convenios entre los explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia".

9. De lo expuesto se deduce que la "aeronáutica civil" y específicamente, los servicios aéreos comerciales, internos e internacionales, declarados como de utilidad pública (artículo 1776 del Código de Comercio), tienen también una finalidad de interés público o social y se cumplen, por lo mismo, con fundamento en reglas y principios de orden público que deben prevalecer sobre los pactos, acuerdos o convenios particulares. De ahí que esas actividades estén sujetas a la reglamentación, dirección, inspección y control de las autoridades nacionales en interés de toda la comunidad. Además este régimen también es desarrollo del principio, prescrito por el artículo 1777 del Código de Comercio, según el cual, "a reserva de los tratados internacionales que Colombia suscriba, la república tiene soberanía completa y exclusiva sobre su espacio nacional" y, según el reglamento aeronáutico, numeral 3.6.3.4.1., en perfecta concordancia con los artículos 1777 y 1858 del Código de Comercio, "las rutas aéreas nacionales y el derecho de explotación de las internacionales a las que el país tiene acceso, son bienes públicos que pertenecen a la Nación y en consecuencia están fuera del comercio. Los explotadores de rutas aéreas no podrán, por tanto, vender, ceder, o de cualquier otra forma traspasar o transferir permisos otorgados por el departamento".

10. Por consiguiente, los permisos de operación están sujetos, por motivos del interés público, a las prescripciones del reglamento aeronáutico que prevalecen sobre la voluntad particular, a saber:

El mencionado reglamento, en el numeral 3.6.3.4.3.6., prescribe perentoriamente que "los concesionarios de rutas aéreas nacionales e internacionales no podrán cancelar, suspender, modificar o disminuir los servicios" sin previa autorización del De-

partamento Administrativo de Aeronáutica Civil y, según el numeral 3.6.3.4.3.7. ibídem, "los concesionarios de rutas que pretendan cancelarlas o modificarlas deben mostrar ante el departamento las razones que lo justifiquen". Además, según el mismo reglamento, numeral 3.6.3.4.3.8., es obligación de los concesionarios de ventas, nacionales e internacionales, iniciar las operaciones en la fecha prescrita por los actos que la autoricen, sin perjuicio que el departamento pueda postergarla por motivos justificados que no sean imputables al concesionario. El Departamento de Aeronáutica Civil también está facultado, por el mismo precepto, "cuando las necesidades del servicio así lo exijan", para "conceder permisos temporales a otras empresas para operar la ruta de que se trate, hasta tanto la empresa titular del permiso inicia la respectiva operación".

11. En este mismo orden de ideas, de conformidad con los artículos 1865 y 1866 del Código de Comercio y el numeral 3.6.3.7.3. del Reglamento Aeronáutico, los "acuerdos entre las empresas", nacionales e internacionales, tienen la finalidad de interés público prescrita por las citadas disposiciones legales y requieren, como factor esencial, "la aprobación previa de la autoridad aeronáutica".

Sin embargo la Sala observa que la "autoridad aeronáutica" ejerce, a este respecto, no una facultad puramente discrecional de aprobar o improbar los acuerdos entre empresas, sino sujeta a la finalidad de interés público que le asigna la ley, a saber; esos pactos o acuerdos entre las empresas tienen como objeto esencial favorecer o hacer posible la eficaz prestación del servicio entre personas o entidades con permisos vigentes de operación mediante la coordinación de esfuerzos, de recursos y de organización; también pueden convenirse para impedir, evitar o conjurar la competencia ruinosa para las empresas y perjudicial para el servicio de transporte aéreo nacional o internacional. Se trata, por consiguiente, de **pactos o acuerdos entre empresas que actualmente operan servicios aéreos comerciales, internos e internacionales, para lograr o asegurar su eficacia, mediante la aprobación y control de la "autoridad aeronáutica", en interés público o social.**

Esta conclusión se deduce del conjunto de las normas legales que regulan la aeronáutica civil, particularmente del artículo 1866 del Código de Comercio que contempla "los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo", como también de los artículos 77, 78 y 79 del Convenio de Aviación Civil Internacional, celebrado el 7 de diciembre de 1944 y ratificado por Colombia mediante la Ley 13 de 1947.

El artículo 77 prescribe que ninguna disposición del convenio podrá impedir "que dos o más Estados contratantes constituyan, por lo que respecta a los transportes aéreos, organizaciones de explotación en común u organismos internacionales de explotación, ni que organicen consorcios de sus servicios aéreos sobre cualquier ruta o región", todas las cuales se regirán por las disposiciones del mismo convenio.

Además, según los artículos 78 y 79 del Convenio, el Consejo, creado por el mismo tratado, "podrá sugerir a los Estados la formación de organizaciones comunes para mantener servicios aéreos en cualquier ruta o región" y, de conformidad con el Artículo 79 ibídem, "todo Estado podrá formar parte de la organización de explotación en común o participar en los consorcios, ya sea por conducto de su Gobierno o por conducto de una o varias empresas de transportes aéreos designados por su gobierno. Estas empresas podrán, a discreción exclusiva del Estado interesado, ser propiedad del Estado, en todo o en parte, o propiedad privada".

La Sala concluye que, según la legislación nacional y el mencionado acuerdo internacional, los convenios o acuerdos entre Estados o entre empresas **tienen por objeto esencial la colaboración, en interés público o social, entre los explotadores de los servicios aéreos comerciales, internos e internacionales.**

La Sala procede, con fundamento en lo expuesto, a absolver las preguntas que se formulan:

1ª) Existe una línea nacional autorizada para operar hacia el territorio de un país extranjero y, en reciprocidad, una empresa extranjera está facultada para prestar servicio hacia territorio colombiano. Si la empresa nacional, por cualquier motivo, no presta servicio hacia el país extranjero, ello significa que sólo está en actividad la empresa extranjera y, por consiguiente, que jurídicamente no existe la posibilidad de celebrar "convenios entre explotadores"- a que alude al artículo 1866 del Código de Comercio- de la ruta internacional de que se trata, que deban ser aprobados por la "autoridad aeronáutica".

Si, no obstante lo expuesto, por acuerdo entre las empresas nacional y extranjera se conviene que ésta pague a aquélla una parte del "ingreso percibido por la operación de la ruta", ello significaría que la retribución que recibiría la empresa nacional tendría por causa su inactividad en la ruta; en otros términos, que la empresa extranjera le pagaría por abstenerse de operar la ruta y permitirle actuar sin competencia comercial.

La Sala reitera que este pacto no sería el contemplado por el artículo 1866 del Código de Comercio para que los "explotadores" de los servicios aéreos comerciales, internos o internacionales, colaboren, en interés público o social, en la prestación del servicio; además considera que sería contrario a esa disposición y al 1870 del Código de Comercio que prescriben, en su orden, que los pactos o convenios entre "explotadores" tienen por objeto, no impedir la competencia, sino aunar esfuerzos para la mejor prestación del servicio y que las empresas extranjeras pueden "realizar el servicio de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos" entre otros requisitos, a condición de que exista "una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos"; **mal podría dejarse sin efecto, por acuerdo entre las empresas nacional y extranjera, la condición que la ley exige para la operación de los extranjeros: el principio de reciprocidad, que es de orden público, no puede ser desconocido o anulado por pactos o acuerdos particulares.** Además, como

se ha expuesto, los permisos de operación, "que no podrán ser cedidos ni traspasados a ningún título", deben reunir los requisitos prescritos por la ley y los reglamentos e implican el deber de los concesionarios de operar las rutas determinadas en los mismos en forma cumplida y eficaz, mientras no sean modificados o revocados "por causa de utilidad pública" o violación de la ley (artículo 1862 del Código de Comercio). Por consiguiente, jurídicamente no es posible que por mero pacto o convenio celebrado entre una empresa nacional y otra extranjera que aquélla se obligue, mediante una remuneración que pagaría ésta, a no operar la ruta a que está obligada: **vigente el permiso de operación, la empresa concesionaria del permiso sólo podría exonerarse de sus obligaciones mediante decisión, adoptada de conformidad con la ley y el reglamento, de la "autoridad aeronáutica"**. La Sala reiteró que el permiso de operación, que se expide por motivos de interés público, "con la finalidad de lograr la prestación de servicios aéreos seguros, eficientes y económicos" (artículo 1860 del Código de Comercio), mientras mantenga vigencia, sólo puede dejar de cumplirse por justa causa comprobada ante la "autoridad aeronáutica".

2ª) Una línea aérea extranjera está autorizada para operar una ruta hacia territorio colombiano, sin que exista otra colombiana que pueda hacerlo hacia el territorio de un país extranjero. Se pregunta si sería legal que una empresa colombiana reciba "un pago" por la operación de esa ruta de parte de la de carácter extranjero.

Como en la hipótesis anterior, si el **pago** que haría la empresa extranjera a la colombiana tuviere por objeto retribuir a ésta su inactividad, favorable a la primera, **se trataría de un pacto claramente contrario al artículo 1866 del Código de Comercio que, como se ha expuesto, sólo autoriza "los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación o fusión de servicios, o de que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo". Además, ese pacto también contravendría el artículo 187 del Código de Comercio porque, en lugar de favorecer su cumplimiento, tendría por objeto hacer que la empresa extranjera opere la ruta** de que se trata sin "una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos".

3ª) Se plantea la siguiente hipótesis: existe una línea aérea extranjera que opera hacia territorio colombiano, sin que haya otra colombiana con permiso para prestar servicio en la misma ruta hacia el país extranjero. Se pregunta si, "en estos casos, en que no es posible la reciprocidad con transportadores colombianos", el Estado colombiano podría "cobrar algún derecho a la aerolínea extranjera".

La Sala responde, como en la respuesta anterior, que el permiso de operación de la empresa extranjera hacia el territorio colombiano, de conformidad con el artículo 1870 del Código de Comercio, requiere "la existencia de una adecuada reciprocidad con los explotadores colombianos". Por consiguiente, el principio de la reciprocidad no puede ser remplazado o sustituido por ningún pacto o acuerdo entre empresas que implique desconocimiento o infracción del artículo 1870 del Código de Comercio; además, tampoco se podría sustituir por **un pago o una retribución**, estipulada

a favor del Estado y a cargo de una empresa extranjera, el principio de reciprocidad sin infringir los artículos 1866 y 1870 del Código de Comercio: la primera de estas disposiciones contempla los convenios o acuerdos entre los "explotadores" de los servicios aéreos comerciales, internos e internacionales, para que coordinen sus esfuerzos en interés público o social, y la segunda exige, como se ha explicado, para la operación de empresas extranjeras, el principio de reciprocidad; **pero ninguno de esos preceptos permite estipular, con la empresa extranjera, el pago de una remuneración para hacerlos nugatorios. Además, como es apenas obvio, el Estado sólo puede exigir a las empresas, nacionales y extranjeras, que explotan servicios aéreos comerciales, los impuestos, tasas y contribuciones prescritos por la ley.**

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y secretaria Jurídico de la Presidencia de la República.

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

CONGRESISTA - Inhabilidades/CONCEJAL-Inhabilidades/EMPLEADO OFICIAL/SECRETARIO GENERAL DE MINISTERIO/RENUNCIA

Según el artículo 108, inciso segundo de la Constitución, el doctor José Guerra de la Espriella, Secretario del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, no puede ser elegido miembro del congreso ni diputado, si no se retira del cargo de Secretario General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte por lo menos seis meses antes de la elección. Es decir, en otros términos, que el Secretario General del Ministerio de Obras y Transporte, por no inhabilitarse, debería retirarse del mencionado cargo por lo menos seis meses antes del segundo domingo de marzo de 1990, fecha en que deberá efectuarse la correspondiente elección. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Radicación Nº 242.

Referencia: Consulta del Ministerio de Obras Públicas, sobre fecha límite de renuncia para que no se inhabilite un Secretario General como aspirante al Congreso.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Comunicaciones, encargado de las funciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"En que fecha debe presentar renuncia de su cargo el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, doctor José Guerra de la Espriella, con el fin de no inhabilitarse como aspirante al Congreso de la República para la próxima legislatura?".

La Sala considera:

1. Según el artículo 207 del Decreto Ley 2241/86, por el cual se adopta el Código Electoral, "las elecciones para integrar corporaciones públicas se realizarán el segundo domingo de marzo del respectivo año y las de Presidente de la República el del último domingo de mayo siguiente".

De acuerdo con los artículos 93, parágrafo, 95 y 101 de la Constitución, los Senadores y Representantes durarán en sus cargos cuatro años y pueden ser elegidos indefinidamente. Estos plazos se cuentan, según las mismas disposiciones, desde el 20 de julio de 1970.

2. Lo expuesto significa que las nuevas elecciones de Senadores y Representantes, principales y suplentes, deben efectuarse, según el artículo 207 del Código Electoral, el segundo domingo de marzo de 1990.

3. El Secretario General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, según los artículos 25 del Decreto Ley 1173 de 1980 y 14 del Decreto Ley 1050 de 1968, tiene, entre otras facultades, las de "dirigir, coordinar, ejecutar y controlar a través de sus dependencias las actividades administrativas del Ministerio"; "dirigir, en coordinación con la Secretaría Técnica y la Oficina de Planeación, la elaboración de los proyectos de presupuesto de inversión y de funcionamiento del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, del Fondo Vial Nacional y del Fondo de Inmuebles Nacionales"; "dirigir y controlar las actividades relacionadas con las licitaciones, contratos y concursos de las obras"; ejercer las funciones que el Ministro le delegue y "llevar la representación del Ministro cuando éste lo determine en actos o asuntos de carácter técnico o administrativo".

Las indicadas funciones del Secretario General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte denotan que **ejerce autoridad civil**, inherente a su cargo, en todo el territorio nacional y que aún está en posibilidad de ejercer, por delegación, algunas de las funciones correspondientes al Ministro.

Por consiguiente, según el artículo 108, inciso segundo de la Constitución, el doctor José Guerra de la Espriella, Secretario del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, no puede ser elegido miembro del congreso ni Diputado, si no se retira del cargo de Secretario General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte por lo menos seis meses antes de la elección. Es decir, en otros términos, que el Secretario General del Ministerio de Obras y Transporte, para no inhabilitarse, debería retirarse del mencionado cargo por lo menos seis meses antes del segundo domingo de Marzo de 1990, fecha en que deberá efectuarse la correspondiente elección.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Obras Públicas y Transporte y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

REINTEGRO AL SERVICIO/DOCENTE/PROVIDENCIA DE CONDENA-Descuento/DOBLE ASIGNACION DE TESORO PUBLICO - Improcedencia

Si el docente fue espontáneamente reintegrado en el cargo que ejercía, ante la sentencia que dispuso, según el contexto de la consulta, restablecerlo en éste, el reintegro ya se había producido y, por lo mismo, la administración ya no estaba obligada a efectuarlo. Pero si, no obstante esto, designó al docente en otro cargo adicional, a pesar de la prohibición constitucional y legal de percibir más de una remuneración del tesoro público (artículos 64 de la Constitución y 1º, letra a), del Decreto Ley 1713 de 1960), para enmendar la irregularidad bien podría revocar el segundo nombramiento. Si el fallo además condenó a la Nación a pagarle al docente los sueldos, primas y bonificaciones dejados de percibir a consecuencia del acto que anuló, menos la remuneración que hubiera percibido durante el tiempo en que, como consecuencia de aquél, estuvo separado del cargo que ejercía en el Ministerio de Educación, es claro que del monto de los sueldos que dejó de percibir en éste debe restarse el de los recibidos en otras entidades: departamento, Distrito Especial de Bogotá u otro municipio. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Radicación Nº 246.

Referencia: Consulta del Ministerio de Educación, sobre cumplimiento de sentencia de reintegro.

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

"Con fundamento en el numeral 2° del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, muy respetuosamente formulo ante ustedes la consulta que a continuación se expone:

"1. a) Antecedentes. Un docente fue retirado por la administración. Luego el docente demandó y durante este lapso la administración volvió a vincularlo por nombramiento. Posteriormente el docente obtuvo sentencia favorable de reintegro.

"b) Pregunta. ¿Cómo procede la administración para cumplir la sentencia de reintegro si ya, por propia iniciativa, lo había nombrado?

"2. a) Antecedentes. Tomando como base la situación anterior, la administración reintegró al docente, quedando éste con dos cargos nacionales y, por ende, percibiendo doble asignación del tesoro público.

"b) Pregunta. ¿Qué debe hacer la administración para enmendar esta situación de doble vinculación?

"3. a) Antecedentes. Se deduce una sentencia de reintegro contra el Ministerio de Educación. Pero resulta que el docente favorecido ya está nombrado por el Departamento, por el distrito o por el municipio.

"B) Pregunta. ¿Cómo procederá el Ministerio para cumplir la sentencia, si el docente ya está devengando una asignación del tesoro público?".

La Sala considera:

1. La primera pregunta consiste en determinar la manera en que se cumple el restablecimiento en el cargo de un docente, dispuesto mediante sentencia ejecutoriada, si mientras se surtía el juicio o proceso "la administración volvió a vincularlo por nombramiento".

El restablecimiento del derecho de la parte demandante puede consistir, según lo pedido en la demanda, en diversos aspectos, uno de los cuales es el reintegro en el cargo que desempeñaba o en otro igual o de superior categoría, conforme a lo dispuesto en la sentencia.

Si el demandante, que pidió que se lo restablezca en el cargo que ejercía, fue designado en él antes que la sentencia dispusiera reintegrarlo en el mismo empleo, ello significa que esta decisión no puede cumplirse por sustracción de materia, la administración por propia iniciativa restableció al actor en el cargo que ejercía antes que se profiriera la sentencia.

2. a) La segunda pregunta parte del supuesto de considerar que la administración, no obstante que el docente reintegrado al cargo que ejercía, ante la sentencia que ordenó restablecerlo en el servicio, lo designó en otro adicional.

Se pregunta la manera de remediar "esta situación de doble vinculación".

La Sala considera que si el docente fue espontáneamente reintegrado en el cargo que ejercía, ante la sentencia que dispuso, según el contexto de la consulta, restablecerlo en éste, el reintegro ya se había producido y, por lo mismo, la administración ya no estaba obligada a efectuarlo.

Pero si, no obstante esto, designó al docente en otro cargo adicional, a pesar de la prohibición constitucional y legal de percibir más de una remuneración del tesoro público (artículos 64 de la Constitución y 1º, letra a), del Decreto Ley 1713 de 1960), para enmendar la irregularidad bien podría revocar el segundo nombramiento.

3. La tercera pregunta supone que el docente ejerce un cargo en un departamento, en el Distrito Especial de Bogotá o en otro municipio y que, mediante sentencia ejecutoriada, se ordenó restablecerlo en un cargo del Ministerio de Educación Nacional. Se pregunta acerca de la manera de cumplir la sentencia teniendo en cuenta que el docente percibe remuneración del tesoro público.

La Sala considera que la pregunta versa sobre dos aspectos del restablecimiento de derecho: el reintegro en el servicio y el pago de los sueldos, primas y bonificaciones dejados de recibir a consecuencia del acto que se anule.

Como la sentencia ordenó, según el enunciado de la consulta, restablecer al docente demandante en un determinado cargo del Ministerio de Educación Nacional, éste debe designarlo en él o en otro igual o superior categoría, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia.

Si el fallo además condenó a la Nación a pagarle al docente los sueldos, primas y bonificaciones dejados de percibir a consecuencia del acto que anuló, menos la remuneración que hubiera percibido durante el tiempo en que, como consecuencia de aquél, estuvo separado del cargo que ejercía en el Ministerio de Educación, es claro que del monto de los sueldos que dejó de percibir en éste debe restarse el de los recibidos en otras entidades: departamento, Distrito Especial de Bogotá u otro municipio.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

INRAVISION/CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION/CADUCIDAD DEL CONTRATO/OBLIGACION/PAGO/MORA/GARANTIA DE CUMPLIMIENTO/RESOLUCION DE CADUCIDAD - Revocatoria/VIA GUBERNATIVA

Según la cláusula décima segunda de los contratos de concesión de espacios de televisión, es causal de caducidad que "el monto de la deuda en mora del concesionario exceda el setenta y cinco (75) del valor asegurado por la garantía de cumplimiento del contrato". Por consiguiente si encontrándose en mora el contratista, en la cuantía antes indicada, Inravisión declara la caducidad del contrato, ello significaría que aplicó concretamente la cláusula décima segunda del contrato de concesión de espacios de televisión. Además si el contratista paga a Inravisión la totalidad de su deuda al término de ejecutoria de la resolución que declare la caducidad del contrato, ello no significaría que desaparezca el motivo para declarar ésta, que consiste, no en que el concesionario pague a Inravisión su deuda, sino que ésta, en la fecha en que se declare la caducidad del contrato, se encuentre en mora en cuantía que exceda el setenta y cinco por ciento (75) del valor asegurado por la garantía de cumplimiento del contrato". Por consiguiente, jurídicamente Inravisión sólo podría revocar la resolución mediante la cual declaró la caducidad del contrato, mediante recurso interpuesto por el interesado por la vía gubernativa, si verifica que el fundamento de este acto, en la fecha que fue expedido, contravino lo estipulado en la cláusula décimo segunda; pero, si se expidió de conformidad con lo estipulado en ella, es jurídicamente fundado y, si fue recurrida por la vía gubernativa, se lo debe confirmar. Si el concesionario paga o soluciona el monto de su deuda ello no significa que desaparezca la causal de caducidad del contrato, sino por el contrario que satisface la obligación cuya falta de cumplimiento causó la caducidad. Levantada la reserva 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., veinte (20) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Radicación Nº 258.

Referencia: Consulta del Ministerio de Comunicaciones, sobre contratos de concesión de espacios de televisión que actualmente tiene suscritos Inravisión.

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

"El Instituto Nacional de Radio y Televisión - INRAVISION tiene suscritos unos contratos para la concesión del servicio público de televisión, en virtud de los cuales se conceden a particulares unos espacios por las cadenas uno y dos de televisión para que éstos presenten programas y a su turno paguen unas tarifas a INRAVISION por la utilización de los espacios y de servicios auxiliares, como la grabación y producción de programas.

"Los pagos de los concesionarios se sujetan a lo que dispone la cláusula quinta del contrato que a la letra dice:

"QUINTA: FORMA DE PAGO: El pago de los valores que se causen a favor de INRAVISION en desarrollo de este contrato por concepto de concesión de espacios de televisión, servicios auxiliares prestados por INRAVISION, intereses y demás conceptos, se hará de acuerdo con la siguiente modalidad:

a) INRAVISION facturará al concesionario dentro de los primeros quince (15) días calendario de cada mes, el valor de los conceptos causados en el mes inmediatamente anterior.

"El concesionario deberá acudir a INRAVISION dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a esos quince (15) días a reclamar la facturación. Si ésta no le fuere entregada deberá dejar constancia de tal hecho; si no se hiciere se entenderá entregada oportunamente.

"b) EL CONCESIONARIO tendrá un plazo de noventa (90) días calendario, contados a partir del día quince (15) del mes siguiente a aquel en que causaron los valores adecuados, para hacer el pago.
INRAVISION hará un descuento del tres por ciento (3%) del valor total de la factura al CONCESIONARIO que cancele dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de retiro de la facturación.

"c) Durante los últimos treinta (30) días calendario de los noventa (90) días calendario que se tienen de plazo para efectuar el pago, se causará a favor de INRAVISION, un interés remuneratorio equivalente al corriente bancario vi-

gente en dicho plazo. Vencido este plazo, se causará a favor de INRAVISION un interés moratorio equivalente al doble del bancario corriente vigente en el momento en que se incurra en la mora.

"Los plazos arriba indicados podrán modificarse mediante acuerdo entre INRAVISION y el CONCESIONARIO.

"Los contratistas concesionarios de espacios de televisión han venido alegando dificultades económicas para el cumplimiento de sus obligaciones económicas con INRAVISION. En consecuencia, se CONSULTA:

"1. Con respecto a las deudas que se harán exigibles **en el futuro,** aparte de la modificación de los plazos, ¿pueden celebrarse acuerdos de pago con los contratistas que contemplen a su favor modificaciones a la cláusula quinta del contrato?

"2. Con respecto a las deudas actualmente exigibles ¿pueden celebrarse acuerdos de pago que modifiquen los plazos señalados por la cláusula quinta? ¿Pueden celebrarse acuerdos de pago que modifiquen la forma de pago prevista en la cláusula quinta del contrato?

"Por otra parte, el contrato de concesión de espacios de televisión dispone en su cláusula décima segunda que además de las causales de caducidad previstas en el artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983, INRAVISION podrá declarar la caducidad..., cuando... el monto de la deuda en mora del CONCESIONARIO exceda el setenta y cinco por ciento (75%) del valor asegurado por la garantía del cumplimiento del contrato".

Teniendo en cuenta lo anterior se CONSULTA:

"3. ¿Es obligatorio para INRAVISION declarar la caducidad del contrato cuando el monto de la deuda en mora del concesionario supere dicho valor?

"4. En caso de que se declare la caducidad administrativa de un contrato por incumplimiento de las obligaciones económicas del concesionario, y en el término de ejecutoría de la respectiva resolución el contratista paga la totalidad de su deuda en mora ¿debe revocarse la correspondiente resolución de caducidad?".

La Sala considera:

1. Las dos primeras preguntas tienen por objeto definir si es o no posible modificar el sentido de la cláusula quinta de los contratos, actualmente vigentes, celebrados entre el Instituto Nacional de Radio y Televisión y concesionarios particulares. La mencionada cláusula estipula la forma de pago de los derechos, servicios e intereses prestados por Inravisión a los concesionarios particulares. Según el contexto de la consulta, éstos han manifestado a aquél que tienen "dificultades económicas" para cumplir lo estipulado en la cláusula 5ª De ahí que se consulte si jurídicamente es o no posible modificar el sentido de la misma cláusula

El artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983, bajo el epígrafe "de los contratos adicionales", contempla la posibilidad de reformar los contratos que celebren las entidades públicas. Al efecto prescribe que se puede modificar" el plazo o el valor convenido" siempre que "no se trate de la revisión de precios" que regula el mismo estatuto. La misma disposición prescribe los límites y requisitos necesarios para efectuar la reforma o modificación del contrato sobre los aspectos indicados.

Otras reformas o modificaciones a los contratos de las entidades públicas, distintas de las prescritas por el artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983, no están autorizadas por la ley.

La cláusula quinta de los contratos de concesión de espacios de televisión, a que se refiere la consulta, versa, por una parte, sobre la forma en que los concesionarios deben pagarle a Inravisión los valores que se causen a su favor por concepto de los mismos. Por consiguiente, este aspecto de la mencionada cláusula no puede ser objeto de reforma o modificación con fundamento en el artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983. Las entidades públicas nacionales sólo pueden hacer lo que les permite o autoriza la ley y, en consecuencia, los contratos que celebren únicamente pueden ser reformados o modificados conforme a lo prescrito por el artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983.

La cláusula quinta que se comenta también estipula que "los plazos arriba indicados podrán modificarse mediante acuerdo entre Inravisión y el concesionario". La Sala considera, por una parte, que la reforma o enmienda de los plazos estipulados en la mencionada cláusula debe efectuarse conforma a lo prescrito en el artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1983 mediante el cumplimiento de todos los requisitos que al efecto prescribe; además considera que la reforma o modificación **de los plazos estipulados en la cláusula quinta del contrato** que se comenta debe efectuarse **antes de su vencimiento porque, de lo contrario, ello equivaldría a reforzarlos después de su incumplimiento** y, por consiguiente, **después de haberse configurado la causal de caducidad del contrato**. En consecuencia, si el contratista dejó vencer los plazos estipulados en la cláusula 5ª del contrato que se comenta, sin satisfacer oportunamente sus obligaciones contractuales, ello significa que incumplió el contrato y que Inravisión, según la cláusula décima segunda del mismo contrato puede declarar su caducidad.

2. También se pregunta si la cláusula décima segunda, letra b), de los contratos que se comentan, que estipula que "Inravisión podrá declarar la caducidad" de los mismos cuando "el monto de la deuda en mora del concesionario exceda al setenta y cinco por ciento (75%) del valor asegurado por la garantía de cumplimiento del contrato", es o no obligatoria.

La Sala considera que se trata de una estipulación contractual que permite a Inravisión declarar la caducidad del contrato, además de las causales legales, por mora del deudor, en cuantía superior al 75% del valor asegurado por la garantía de cumplimiento, en la satisfacción o solución de sus obligaciones. Esta cláusula fue

estipulada en interés de Inravisión, para hacer posible que unilateralmente declare terminado un contrato por mora, en la forma indicada, ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Por consiguiente, cuando quiera que en la ejecución del contrato se configure esta causal de caducidad, **Inravisión, en interés público o social, está en el deber de dar por terminado unilateralmente el contrato.** Lo propio sucede con las demás causales de caducidad, tanto las prescritas por la ley como las estipuladas por las partes contratantes: **producida la causal de caducidad, Inravisión está en el deber de declararla para todos los efectos legales.**

3. Si se declara la caducidad de un contrato de concesión de espacios de televisión, "por incumplimiento de las obligaciones económicas del concesionario, y en el término de ejecutoria de la respectiva resolución el contratista paga la totalidad de su deuda en mora", se pregunta si Inravisión debe o no revocar el acto mediante el cual tomó esa determinación.

La Sala considera que, según la cláusula décima segunda de los contratos de concesión de espacios de televisión, es causal de caducidad que "el monto de la deuda en mora del concesionario exceda el setenta y cinco (75%) del valor asegurado por la garantía de cumplimiento del contrato". Por consiguiente, si encontrándose en mora el contratista, en la cuantía antes indicada, Inravisión declara la caducidad del contrato, ello significaría que aplicó correctamente la cláusula décima segunda del contrato de concesión de espacios de televisión.

Además, si el contratista paga a Inravisión la totalidad de su deuda en el término de ejecutoria de la resolución que declare la caducidad del contrato, ello no significaría que desaparezca el motivo para declarar ésta, que consiste, no en que el concesionario pague a Inravisión su deuda, sino **que ésta, en la fecha en que se declare la caducidad del contrato, se encuentre en mora en cuantía que "exceda el setenta y cinco por ciento (75%) del valor asegurado por la garantía de cumplimiento del contrato".**

Por consiguiente, jurídicamente Inravisión sólo podría revocar la resolución mediante la cual declaró la caducidad del contrato, mediante recurso interpuesto por el interesado por la vía gubernativa, si verifica que **el fundamento de este acto, en la fecha que fue expedido,** contravino lo estipulado en la cláusula décimo segunda; pero, si se expidió de conformidad con lo estipulado en ella, es jurídicamente fundado y, si fue recurrida por la vía gubernativa, se lo debe confirmar.

Si el concesionario paga o soluciona el monto de su deuda **ello no significa que desaparezca la causal de caducidad del contrato, sino por el contrario que satisface la obligación cuya falta de cumplimiento causó la caducidad.**

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Comunicaciones y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

EMPLEADO JUDICIAL/REINTEGRO PROVIDENCIA JUDICIAL-Acatamiento.

El juicio o proceso que se adelanta tiene por objeto definir si la Resolución No. 001 del 5 de agosto de 198?, expidida por la juez primera civil del circuito de menores de Neiva, es o no fundada; es decir, si el actor tiene o no derecho a ser establecido en el cargo oficial mayor, grado 9, del juzgado de circuito de menores de Neiva. La juez y la administración debe acatar la sentencia definitiva que se profiera en este proceso de caracter jurisdiccional. La sala agrega que la suspensión provisional de la Resolución No. 001 del 5 de agosto de 1987 de la juez primera del circuito civil de menores de Neiva, dispuesta por auto ejecutoriado, no implica el restablecimiento provisional del pretendido derecho y que, por lo mismo, es menester atenerse a la sentencia definitiva que se profiera en el juicio o proceso que el señor Agusto César Lozada Silva adelanta contra la mencionada resolución.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., veinticinco (25 de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Radicación Nº 238.

Referencia: Consulta del Ministerio de Justicia, sobre reintegro de un oficial mayor.

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

"1. La Juez primero Civil de menores, doctora Elizabeth Puentes Rodríguez, mediante Decreto Nº 02 del 31 de agosto de 1985, nombró en interinidad al señor Augusto Cesar Lozada Silva en el cargo de oficial mayor, grado 9º, del Juzgado Primero Civil de Menores.

"2. Posteriormente, por Decreto 03 del 5 de septiembre del mismo año, revocó dicho nombramiento al señor Lozada y en su remplazo designó a la señora Aydé Marín de Guaca.

"3. El señor Augusto César Lozada, demandó la nulidad del decreto que revocó su designación y el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Neiva, mediante providencia del 29 de abril de 1987, ejecutoriada el día 23 de mayo del mismo año, ordenó su reintegro, el cual no fue aceptado por la Juez Primero Civil de Menores, toda vez que por Resolución Nº 001 del 5 de agosto de 1987, argumentó el no cumplimiento del artículo 119 del Decreto 1660 de 1978.

"4. Para la época en que se ordenó el reintegro, la señora Ayde Marín de Guaca, estaba inscrita en la Carrera Judicial, mediante Resolución Nº 386 del 7 de octubre de 1987.

"5. El señor Augusto César Lozada, demandó la nulidad de la Resolución Nº 001 del 5 de agosto de 1987 y el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Neiva, mediante auto del 27 de enero de 1988, dispuso la suspensión provisional de la mencionada resolución.

"6. Contra esta última providencia, se interpuso el recurso de súplica, el cual se tramitó por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Neiva, quien no modificó su decisión inicial, es decir quedó vigente el reintegro ordenado inicialmente.

"Se pregunta:

"¿Cómo se podría realizar el reintegro del señor Augusto César Lozada, determinado por el Honorable Tribunal Contencioso de Neiva, mediante providencia del 29 de abril de 1987, al cargo de Oficial Mayor grado 9º, encontrándose actualmente en el mismo, la señora Aydée Marín de Guaca, quien se halla inscrita en la Carrera Judicial?".

La Sala considera:

1. Según se refiere en el contexto de la consulta, el tribunal Administrativo del Huila, mediante sentencia proferida el 29 de abril de 1987, que quedó ejecutoriada el 23 de mayo del mismo año, declaró la nulidad del Decreto 03, expedido el 5 de septiembre de 1985, mediante el cual la Juez Primera Civil del Circuito de Menores de Neiva, revocó el nombramiento que en interinidad le hiciera al señor Augusto César Lozada Silva como Oficial Mayor, grado 9º, del mismo juzgado, y ordenó

reintegrarlo en el mencionado cargo. La Juez Primera Civil del Circuito de Menores, mediante Resolución Nº 001 del 5 de agosto de 1987, denegó el reintegro de Augusto César Lozada Silva en el cargo que ejercía por que estimó que éste no lo solicitó en el término que al efecto prescribe el artículo 119 del Decreto 1660 de 1978.

El señor Augusto César Lozada Silva le pidió al Tribunal Administrativo del Huila que declare la nulidad de la Resolución Nº 001 del 5 de agosto de 1987 y, como medida cautelar, que disponga su suspensión provisional. Mediante auto del 27 de enero de 1988, proferido por el magistrado ponente, se dispuso la suspensión provisional de la mencionada resolución. Contra el indicado auto se interpuso recurso de súplica y la Sala de decisión del mismo tribunal lo confirmó.

2. Lo expuesto significa que actualmente se adelanta un juicio o proceso contencioso administrativo contra la Resolución Nº 001 del 5 de agosto de 1987, proferida por el Juez Primero Civil del Circuito de Menores de Neiva, mediante la cual no accedió a reintegrar al señor Augusto César Lozada Silva en el cargo de Oficial Mayor, grado 9º, que ejerció interinamente en ese mismo juzgado, y que, por solicitud del actor, esa decisión fue suspendida mediante providencia ejecutoriada del mencionado tribunal,

3. El juicio o proceso que se adelanta tiene por objeto definir si la Resolución Nº 001 del 5 de agosto de 1987, expedida por la Juez Primera Civil del Circuito de Menores de Neiva, es o no fundada, es decir, si el actor tiene o no derecho a ser restablecido en el cargo de Oficial Mayor, grado 9º, del Juzgado del Circuito de Menores de Neiva. La juez y la administración deben acatar la sentencia definitiva que se profiera en este proceso de carácter jurisdiccional.

4. La Sala agrega que la suspensión provisional de la Resolución Nº 001 del 5 de agosto de 1987 de la Juez Primera Civil del Circuito de Menores de Neiva, dispuesta por auto ejecutoriado, no implica al restablecimiento provisional del pretendido derecho y que, por lo mismo, es menester atenerse a la sentencia definitiva que se profiera en el juicio o proceso que el señor Augusto César Lozada Silva adelanta contra la mencionada resolución.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, o a los señores Ministro de Justicia y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/EMPLEADO PUBLICO - Conversión/TRABAJADORES OFICIALES/EMPLEADO DE DIRECCION Y CONFIANZA/CONVENSION COLECTIVA - Bonificación

La clasificación de las personas que ejercen actividades de dirección o confianza como empleados significa que, desde cuando se produjo la conversión, sus derechos y prestaciones sociales son los prescritos por la ley. Esto sin perjuicio de las situaciones jurídicas particulares, constituidas a favor de personas determinadas o determinables, que sólo pueden ser revocadas mediante su consentimiento expreso y por escrito. Este es el caso de los trabajadores oficiales, favorecidos por una convención colectiva de trabajo, que está vigente, porque les reconoce prestaciones sociales que exceden o sobrepasan el mínimo prescrito por la ley, cuando se produce su conversión a empleados públicos por desempeñar actividades de dirección y confianza. Por consiguiente, tienen derecho a percibir las prestaciones sociales que prescribe la ley y las adicionales reconocidas por convención colectiva de trabajo, celebrada cuando eran trabajadores oficiales, durante el tiempo estipulado. Como se trata de empleados de una empresa industrial y comercial del Estado, les son aplicables, en principio, los Decretos Ley 3118, 3135 de 1968 y 1045 de 1978 y, si fuere del caso, la Ley 33 de 1985. Además, de acuerdo con la convención colectiva de trabajo, que se celebró cuando las personas de que se trata eran trabajadores oficiales y que estaba vigente cuando fueron convertidos en empleados, también tiene, derecho a percibir las prestaciones adicionales que le reconociera ese acto: se trata de derechos constituidos en favor de esas personas, cuando eran trabajadores oficiales, que no pudieron ser desconocidos ni revocados, sin su consentimiento expreso y por escrito, al convertirse en empleados públicos. Autorizada su aplicación el 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., diciembre dos (2) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Radicación Nº 226.

Referencia: Consulta sobre prestaciones sociales de empleados públicos.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Con fundamento en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 se expide un decreto mediante el cual se clasifican como empleados públicos a las personas que ejercían funciones de dirección y confianza en una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

"A estos funcionarios en materia prestacional se les venían aplicando las garantías mínimas consagradas en los citados decretos y las ventajas adicionales adquiridas mediante convención.

"Así las cosas, surgen estos interrogante:

"1. Operando el cambio de condición de trabajadores oficiales a empleados públicos, se debe aplicar únicamente el régimen prestacional propio de éstos o se deben continuar aplicando las normas convencionales y la Ley 6ª de 1945?

"2. Si el régimen correspondiente es el de los empleados públicos, basta con aplicar el consignado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 o se debe adoptar uno específico mediante ley, de conformidad con los artículos 62 y 76 de la Constitución Nacional, números 1 y 9?

"3. Como quiera que los trabajadores oficiales eran titulares de algunas garantías adicionales, con el cambio de condición a empleados públicos y el consiguiente cambio de régimen se les estarán vulnerando sus derechos?

"4. En el supuesto de que los nuevos empleados públicos se deban regir en materia prestacional por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 se plantean las siguientes inquietudes en particular:

"a) **Cesantía definitiva.** Se debe aplicar el sistema de liquidación señalado en el Decreto 3118 de 1968. ¿Qué factores se toman en cuenta para su liquidación y durante qué lapso?

"b) **Pensión de jubilación.** Los empleados públicos de la citada empresa industrial y comercial se someterán también en este aspecto a los citados decretos y a la Ley 33 de 1985?

"c) **Prima de servicios.** Para efectos de su pago cómo debemos interpretar el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, en cuanto fija una excepción para los funcionarios que con anterioridad tenían asignada esta prestación, toda vez que los hoy empleados públicos antes de trabajadores oficiales venían percibiendo pagos por este concepto, en virtud del Reglamento General de Trabajo de la empresa.

"d) **Prima de navidad.** A los trabajadores oficiales de la mencionada empresa se les reconoce una prima de servicios que se equipara a una prima de navidad, cuyo monto es superior al fijado por el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969.

"El citado artículo exceptúa dicho pago a los empleados oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado.

"Esto significa que las personas que hoy son empleados públicos en virtud de la excepción se les continuará pagando de acuerdo con su antiguo régimen.

"e) **Prima de vacaciones.** Esta prestación se reconocerá según los artículos 24 y 31 del Decreto 1045 de 1978 a los nuevos empleados de la empresa?

"Si las vacaciones se causaran cuando ostentaba la calidad de trabajadores oficiales, cómo se cancelará, con base en el régimen propio de tal condición o a su actual de empleados públicos?".

La Sala considera:

1. Según contexto de la consulta, las personas que ejercían actividades de dirección y confianza en una empresa comercial e industrial del Estado fueron clasificadas, de conformidad con el artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, como empleados públicos. Estas mismas personas, que eran trabajadores oficiales, tenían derecho a percibir las prestaciones legales y las adicionales, que sobrepasan el mínimo legal, reconocidas mediante convención colectiva del trabajo.

2. Se pregunta si esas personas, que se convirtieron en empleados, sólo tienen derecho a las prestaciones legales o si también deben percibir las estipuladas en convención colectiva del trabajo.

La clasificación de las personas que ejercen actividades de dirección o confianza como empleados significa que, desde cuando se produjo la conversión, sus derechos y prestaciones sociales son los prescritos por la ley. Pero, como expuso la Sala en conceptos de 4 de junio y 10 de septiembre de 1987, esto sin perjuicio de las situaciones jurídicas particulares, constituidas a favor de personas determinadas o determinables, que sólo pueden ser revocadas mediante su consentimiento expreso y por escrito. Este es el caso de los trabajadores oficiales, favorecidos por una convención colectiva de trabajo, que está vigente, porque les reconoce prestaciones sociales que exceden o sobrepasan el mínimo prescrito por la ley, cuando se produce su conversión a empleados públicos por desempeñar actividades de dirección y confianza. Por consiguiente, tienen derecho a percibir las prestaciones sociales que prescribe la ley y las adicionales reconocidas por convención colectiva de trabajo, celebrada cuando eran trabajadores oficiales, durante el tiempo estipulado.

3. Lo expuesto en el punto anterior se debe observar para liquidar todas y cada una de las prestaciones sociales de las personas que, de trabajadores oficiales que eran, fueron convertidas en empleados, a saber:

Como se trata de empleados de una empresa industrial y comercial del Estado, les son aplicables, en principio, los Decretos Ley 3118, 3135 de 1968 y 1045 de 1978 y, si fuere del caso, la Ley 33 de 1985. Además, de acuerdo con la convención colectiva de trabajo, que se celebró cuando las personas de que se trata eran trabajadores oficiales y que estaba vigente cuando fueron convertidos en empleados, también tienen derecho a percibir las prestaciones adicionales que le reconociera ese acto: se trata de derechos constituidos en favor de esas personas, cuando eran trabajadores oficiales, que no pudieron ser desconocidos ni revocados, sin su consentimiento expreso y por escrito, al convertirse en empleados públicos.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Obras Públicas y Transporte y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Esta consulta fue aclarada el 16 de marzo de 1989.

Consejo de Estado - Sala de consulta y Servicio Civi

Bogotá. D.E., diez y seis (16) de marzo de 1989.

Consejero Ponente: Dr. Humbeto Mora Osejo.

Radicación Nº 226

Referencia: Aclaración consulta.

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte solicita aclarar la respuesta a la consulta radicada con el Nº 226, en los siguientes aspectosl:

"a) Con la expresión "durante el tiempo estipulado", se hace referencia exclusivamente al período de vigencia de la convención colectiva de trabajo?.

"b) En caso de responder afirmativamente el interrrogante anterior el período de vigencia de la convención colectiva, debe entenderse como el pactado (bianulamente). Por las partes y con independencia de algunos puntos convencionales no denunciados, se han reconducidos de una convención a otra?".

La Sala considera:

Según lo afirmado en la consulta radicada con el Nº 226 del 2 de diciembre de 1988, los trabajadores oficiales amparados por una convención colectiva de trabajo que este vigente, al disponerse su conversión a empleados públicos, tienen derecho a percibir las prestaciones sociales que prescribe la ley y las adicionales reconocidas por la misma convención colectiva de trabajo, celebrada cuando eran trabajadores oficiales, durante el tiempo estipulado.

La expresión "durante el tiempo estipulado" se refiere al tiempo de duración o plazo pactado para la vigencia de la convención colectiva de trabajo, celebrada cuando los empleados tenían la calidada de trabajadores oficiales, de cuyos derechos podrán

disfrutar hasta cuando expire el plazo de vigencia de la convención colectiva de trabajo.

Se debe entender que una vez vencido el plazo estipulado para la duración de la convención colectiva de trabajo finaliza para esos trabajadores, convertidos en empleados públicos, el derecho a percibir prestaciones extralegales con fundamento en esa convención. Si esta se prorrogare, una vez vencido el plazo estipulado de dos años de duración de la misma, desaparecen el derecho a prestaciones extralegales de los trabajadores que fueron convertidos en empleados. En otros términos, para estos empleados, en el caso que se consulta, el plazo convenido es de dos años, de donde resulta que cuando se cumpla este término deja de tener vigencia la convención y, en consecuencia, cesan los derechos de los mismos empleados amparados por ella.

Transcribase a los señores Ministro de Obras Públicas y Transporte y secretaría jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro, Secretaria.

UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DEL CHOCO DIEGO LUIS CORDOBA - Naturaleza jurídica/**ESTABLECIMIENTO PUBLICO NACIONAL/INSTITUTO DE EDUCACION SUPERIOR**

La "Universidad Tecnológica del Choco Diego Luis Córdoba", que fue creada por las Leyes 38 de 1968 y 7ª de 1975 como dependencia nacional, conforme a lo dispuesto por el artículo 50 del Decreto Ley 80 de 1980, se convirtió en un establecimiento público nacional que, como todos los de su género, tiene personería jurídica. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

EMPLEADO ADMINISTRATIVO NACIONAL/CESANTIA - Liquidación/ **RETROACTIVIDAD** - Improcedencia

Respecto de los empleados administrativos nacionales, el artículo 27 del Decreto Ley 3118 de 1968 dispone que las cesantías deben liquidarse definitivamente cada año calendario, desde el 1º de enero de 1969; por consiguiente, esas prestaciones no pueden ser revisadas posteriormente, aunque la remuneración sea aumentada. Esto significa que la liquidación anual de la cesantía de los empleados administrativos nacionales es definitiva y que no tiene efecto retroactivo. Por consiguiente, todos los empleados encargados de reconocer y pagar cesantías a los empleados administrativos nacionales deben cumplir el Decreto Ley 3118 de 1968 y, por lo mismo, no pueden reconocerla ni pagarla con efecto retroactivo. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DEL CHOCO DIEGO LUIS CORDOBA/CONSEJO DIRECTIVO-Facultades/**CAJADE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DEL CHOCO DIEGO LUIS CORDOBA** - Creación/**CONGRESO/COMPETENCIA/EMPLEADO PUBLICO NACIONAL/CESANTIA/PAGO/FONDO NACIONAL DEL AHORRO/COMPETENCIA/ESTABLECIMIENTO PUBLICO NACIONAL-Creación/CONGRESO DE LA REPUBLICA**

Según el artículo 76, ordinal 9º, de la Constitución, le corresponde al Congreso, por iniciativa del Gobierno, crear establecimientos públicos nacionales. Por consiguiente el Consejo Directivo de la "Universidad Tecnológica del Choco Diego Luis Córdoba" no tiene esa atribución. Sin embargo, si ese consejo directivo creo cremediante acuerdo Nº 17 de 1974, como se afirma en el anunciado de la consulta, la Caja de Previsión Social de la "Universidad Tecnológica del Choco Diego Luis Córdoba" como un establecimiento público, ese acto subsiste y rige mientras no sea revocado por la administración o suspendido o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. El consejo directivo de la mencionada universidad no tiene facultades para crear y organizar la Caja de Previsión Social de la entidad como establecimiento público nacional; además considera que, de conformidad con el Decreto Ley 3118 de 1968, el Fondo Nacional del Ahorro administra y paga las cesantías de los empleados y trabajadores oficiales nacionales y que, según el Decreto Ley 3135 de 1968, a la Caja Nacional de Previsión Social le corresponde el reconocimiento y pago de las demás prestaciones sociales de los mismos empleados y trabajadores oficiales nacionales. Sin embargo la Sala reitera que mientras subsista el acto que creó la Caja de Previsión Social de la Universidad, es decir, que mientras no sea derogado por la misma administración, o suspendido o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mantiene su vigencia y se debe cumplir. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., ocho (8) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Radicación Nº 262.

Referencia: Consulta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros de la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba".

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 previsto en el artículo 141 de la Constitución Política y en el numeral 2º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, me permito consultar a esa Sala sobre la creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros de la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba".

"La consulta obedece lo siguiente:

"1. La Ley 38 de 1968 creó el Instituto Politécnico "Diego Luis Córdoba" como un establecimiento de educación intermedia del orden nacional, sujeto a la vigilancia y control del Ministerio de Educación Nacional, sin que en ninguna de sus disposiciones se previera la posibilidad de que creara entidades descentralizadas indirectas o de cualquier otro grado.

"2. El Consejo Directivo del Instituto, mediante Acuerdo Nº 17 de 1974, creó la Caja de Previsión Social del mismo, dotándola de las carácteristicas propias de un establecimiento público. El citado acuerdo no definió de qué orden territorial seria ni a qué organismo o entidad estaría adscrita o vinculada.

"3. La Ley 7 de 1975 cambió la denominación del Instituto Politécnico "Diego Luis Córdoba" por la de Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba", sin que legalizara la Caja de Previsión Social u otorgara facultades para hacerlo.

"4. La Caja de Previsión Social creada por el Consejo Directivo ha venido atendiendo el reconocimiento y pago de los empleados de la universidad, los cuales, de conformidad con las normas pertinentes, son empleados públicos nacionales y, por lo tanto, están sujetos al régimen prestacional de los demás empleados de ese nivel.

"5. El régimen de previsión social nacional establece que los empleados públicos nacionales deben estar afiliados a la Caja Nacional de Previsión social y que corresponde al fondo Nacional del Ahorro el pago de sus cesantías, de acuerdo con las disposiciones pertinentes, que no establecen la llamada retroactidad para su liquidación, como sí viene haciéndolo la Caja de sus afiliados, aplicando para ese propósito las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

" Se consulta:

"a) Puede la junta directiva de la Universidad Tecnológica del Chocó " Diego Luis Córdoba" mediante un acuerdo crear un establecimiento público contrariando el ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución Política?

"b) Puede la Caja de Previsión Social de la universidad Tecnológica del Choco "Diego Luis Córdoba", asumir el pago de las prestaciones sociales del personal vinculado a la universidad sin que medie autorización legal para ello?

"c) Puede la Caja de previsión Social de la Universidad Tecnológica del Chocó reconocer el pago con retroactividad de las cesantías del personal vinculado a la

universidad que tiene el carácter de empleados públicos nacionales, no obstante que el régimen aplicable a este tipo de funcionarios no consagra la retroactividad en las cesantías?".

La Sala considera:

1. La "Universidad Tecnológica del Choco Diego Luis Córdoba", creada por las Leyes 38 de 1968 y 7ª de 1975, según artículo 3º de la Ley 38 de 1968, "funcionará por cuenta de la Nación y bajo vigilancia y dirección del Ministerio de Educación Nacional y estará destinada "primordialmente a la enseñanza de profesiones menores o intermedias de orden práctico y social, como facultades de industria, agricultura, veterinaria, enfermería, economía comercial, etc.". La misma disposición agrega que "el ministerio de Educación dispondrá la manera como deben irse abriendo y organizando tales facultades, de acuerdo con los progresos del establecimiento y demás circunstancias y factores que deban considerarse".

El artículo 4º de la Ley 38 de 1968 dispuso que "el Gobierno Nacional dictará todos los reglamentos que fueren necesarios para el funcionamiento de este instituto" y además lo autorizó para ponerlo bajo la dependencia de una universidad "o de cualquier otro establecimiento educativo de carácter oficial". Pero esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 7ª de 1975 en cuanto dispuso que "el Instituto Politécnico "Diego Luis Córdoba", creado por la Ley 38 de 1968, se denominará "Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba".

Según las disposiciones legales antes transcritas, la "Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba" fue creada como una dependencia nacional, bajo la dirección y vigilancia del Ministerio de Educación, destinada a la enseñanza de profesiones menores e intermedias.

El art. 25 del Decreto Ley 80 de 1980 comprende, entre las modalidades de la educación superior, la formación intermedia profesional que consiste, conforme al artículo 26 ibídem, en la "educación predominantemente práctica para el ejercicio de actividades auxiliares o instrumentales concretas".

La "Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba", cuya finalidad consiste en "la enseñanza de profesiones menores o intermedias de orden práctico o social", es, según el artículo 26 del Decreto-ley 80 de 1980, un establecimiento de educación superior de formación intermedia profesional.

El artículo 50 del Decreto Ley 80 de 1980 dispone que "las instituciones públicas de educación superior son establecimientos públicos del orden nacional, departamental o municipal, o unidades administrativas especiales o unidades docentes dependientes del Ministerio de Educación Nacional".

La "Universidad Tecnológica del Choco Diego Luis Córdoba", que fue creada por las Leyes 38 de 1968 y 7ª de 1975 como dependencia nacional, conforme a lo

dispuesto por el artículo 50 del Decreto Ley 80 de 1980, se convirtió en un establecimiento público nacional, que "como todos los de su género, tiene personería jurídica.

2. Se pregunta si el Consejo Directivo de la "Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba" puede crear un establecimiento público nacional.

La Sala considera que, según el artículo 76, ordinal 9º, de la Constitución, le corresponde al Congreso, por iniciativa del Gobierno, crear establecimientos públicos nacionales. Por consiguiente, el Consejo Directivo de la "Universidad Tecnológica del Choco Diego Luis Córdoba" no tiene esa atribución.

Sin embargo, si ese consejo directivo creó, mediante Acuerdo Nº 17 de 1974, como se afirma en el enunciado de la consulta, la Caja de Previsión Social de la "Universidad Tecnológica del Choco Diego Luis Córdoba" como un establecimiento público, ese acto subsiste y rige mientras no sea revocado por la administración o suspendido o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3. También se pregunta si la mencionada Caja de Previsión Social de la "Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba" "puede asumir el pago de las prestaciones sociales del personal vinculado a la entidad sin que medie autorización legal".

La Sala reitera que el Consejo Directivo de la mencionada universidad no tiene facultades para crear y organizar la caja de previsión social de la entidad como establecimiento público nacional; además considera que, de conformidad con el Decreto Ley 3118 de 1968, el Fondo Nacional del Ahorro administra y paga las cesantías de los empleados y trabajadores oficiales nacionales y que, según el Decreto Ley 3135 de 1968, a la Caja Nacional de Previsión Social le corresponde el reconocimiento y pago de las demás prestaciones sociales de los mismos empleados y trabajadores oficiales nacionales.

Sin embargo la Sala reitera que mientras subsista el acto que creó la Caja de Previsión Social de la Universidad, es decir, que mientras no sea derogado por la misma administración, o suspendido o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mantiene su vigencia y se debe cumplir.

4. Se pregunta si la Caja de Previsión Social de la Universidad puede o no reconocer cesantía con carácter retroactivo a los empleados que han estado vinculados al servicio de la universidad.

La Sala considera que, de acuerdo con el artículo 76, ordinal 9º de la Constitución, la ley debe prescribir el régimen de las prestaciones sociales de los empleados públicos. Respecto de los empleados administrativos nacionales, el artículo 27 del Decreto Ley 3118 de 1968 dispone que las cesantías deben liquidarse definitivamente cada año calendario, desde el 1º de enero de 1969; por consiguiente, esas prestaciones no pueden ser revisadas posteriormente, aunque la remuneración sea aumen-

tada. Esto significa que la liquidación anual de la cesantía de los empleados administrativos nacionales es definitiva y que no tiene efecto retroactivo. Por consiguiente todos los empleados encargados de reconocer y pagar cesantías a los empleados administrativos nacionales deben cumplir el Decreto Ley 3118 de 1968 y, por lo mismo, no pueden reconocerla ni pagarla con efecto retroactivo.

Transcríbase a los señores ministro de Hacienda y Crédito Público y Secretaria jurídica de la Presidencia de la República en sendas copias auténticas.

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

FONDO ROTATORIO DE PREVENCION, REPRESION Y REHABILITACION DEL CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES - Naturaleza Jurídica/**ESTABLECIMIENTO PUBLICO NACIONAL/FONDO ROTATORIO DE PREVENCION, REPRESION Y REHABILITACION DEL CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES** - Estructura/**SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD** - Efectos

Las referencias expresas de la Ley 30 de 1986, en sus artículos 30, 62 y 65, a un Fondo Rotatorio adscrito al Consejo Nacional de Estupefacientes llegan a concretarse, por el artículo 97, en la creación de un Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, dirigido y administrado por el Viceministro de Justicia, es decir, un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia -Consejo Nacional de Estupefacientes-. Si son generales y definitivos los efectos del fallo de inexequibilidad del aparte final del artículo 97 de la Ley 30 de 1986, afectan, abinitio, la estructura, la organización y el funcionamiento del Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación, porque el decreto mediante el cual se determina no puede ahora justificarse frente a la Constitución y su vigencia resulta incompatible con la misma. La incompatibilidad entre dos regulaciones jurídicas se resuelve dejando de aplicar la norma contraria a la constitución para reafirmar la vigencia de ésta. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., veintidós (22) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Jaime Parades Tamayo.

Radicación Nº 231.

Referencia: Consulta del Ministerio de Justicia -Consejo Nacional de Estupefacientes.

El Señor Ministro de Justicia envió a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"En virtud a demanda (sic) de inexequibilidad presentada por el Doctor SANTIAGO URIBE ORTIZ, ante la Corte Suprema de Justicia con relación a la violación por parte del artículo 97 de la Ley 30 de 1986 de los artículos 76 ordinal 12 y 118 ordinal 8 de la Constitución Nacional, afirmando el actor en la mencionada demanda los siguientes aspectos: "Que el artículo 97 de la Ley 30 de 1986, autorizó al Gobierno Nacional para determinar la estructura, organización y funcionamiento del llamado FONDO ROTATORIO de prevención, represión y rehabilitación.

"Al hacer la respectiva autorización, no se indicaron de manera precisa las facultades que tendría el Presidente de la República para determinar esa estructura, organización y funcionamiento de dicho fondo.

"Lo que es más grave, es el elemento temporal de semejante autorización brilla por su ausencia, pues no se fijó término o plazo alguno para el ejercicio de tal, atribución.

En relación con lo cual observa la Corte que: "La creación de establecimientos públicos y la expedición de estatutos básicos para los mismos, son materias que debe decidir el Congreso por medio de leyes (artículo 76 ordinales 9 y 10 C.N). Ciertamente el Congreso, continúa la Corte, puede autorizar para ello al ejecutivo, por medio de una ley de facultades de las que autoriza el Artículo 76-12 C.N., siempre y cuando tales facultades sean **precisas y protempore**.

Y que "aun aceptando, en gracia de discusión, que las facultades que otorga la disposición acusada son precisas, evidentemente ha faltado en su otorgamiento el factor temporal. Luego la Corte tendrá que declarar su inexequibilidad de la parte final del artículo que dice: "..... y cuya estructura, organización y funcionamiento serán determinados por el Gobierno Nacional previo concepto del CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES" el resto del artículo, dice, es exequible. Ante la declaración de inexequibilidad de la parte mencionada del artículo 97 de la Ley 30 de 1986, y con el ánimo subsanar para bien de la administración pública algunos tropiezos que se nos vienen presentando, para poner en funcionamiento el querer del Legislador, que es precisamente, en lo que respecta a esto la operatividad del FONDO ROTATORIO de prevención, represión y rehabilitación del CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES y previo análisis de los siguientes puntos:

1. La inexequibilidad de la parte que ya enunciamos del artículo 97 de la Ley 30 de 1986, según providencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de enero de 1988.

2. Que con base en el artículo 97 y con fecha 11 de Diciembre de 1987, el Presidente de la República expide el Decreto Nº 2355 por el cual se determina la estructuración, organización y funcionamiento del FONDO ROTATORIO de prevención, represión y rehabilitación del CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES.

3. Que el Decreto 2355 del 11 de Diciembre de 1987, por medio del cual se determina la estructura, organización y funcionamiento del FONDO ROTATORIO de prevención, represión y rehabilitación del CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, fue expedido antes de la declaratoria de inexequibilidad de las facultades estipuladas en el artículo 97 de la Ley 30 de 1986.

Solicito respetuosamente a los honorables magistrados se nos absuelvan los siguientes interrogantes:

1. Cuál es la situación jurídica del FONDO ROTATORIO DE PREVENCION, REPRESION Y REHABILITACION DEL CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, al haber sido expedido el Decreto 2355 antes de la declaratoria de inexequibilidad de parte del artículo 97 de la Ley 30 de 1986?

2. Qué posibilidades de actuar tiene el gobierno frente a la estructuración del fondo, con la Parte del artículo 97 declarado exequible?".

CONSIDERACIONES

Las referencias expresas en la Ley 30 de 1986, en sus artículos 30, 62 y 65, a un Fondo Rotatorio adscrito al Consejo Nacional de Estupefacientes llegan a concretarse, por el artículo 97, en la creación de un Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, dirigido y administrado por el Viceministro de Justicia, es decir, un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia -Consejo Nacional de Estupefacientes-. Así lo entendió el Gobierno, que "en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el artículo 97 de la Ley 30 de 1986 y previo el concepto del Consejo Nacional de Estupefacientes y de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República", expidió con fecha 11 de Diciembre de 1987, el Decreto Nº 2355, "por el cual se determina la estructura, organización y funcionamiento del FONDO ROTATORIO DE PREVENCION REPRESION Y REHABILITACION DEL CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES". (D.O. Nº 381-48, página 2).

Con la naturaleza jurídica que señala el artículo 1º del decreto citado y con el encargo de financiar, conforme a las políticas del Consejo Nacional de Estupefacientes, los programas de prevención, control y asistencia en materia de farmacodependencia y vigilancia farmacológica y de sufragar el costo que demande el desarrollo de los convenios bilaterales y multilaterales correspondientes, suscritos por el

Gobierno Nacional, determinó éste la estructura administrativa del Fondo por medio de una Dirección General ejercida por el Viceministro de Justicia, la Secretaría General, la División Administrativa y la División Financiera, de la que hacen parte la Sección de Contabilidad y Presupuestos y la Sección de Tesorería (artículo 7º). De las funciones asignadas a dichas dependencias dan cuenta los artículos 6º, 8º, 9º, 10, 11 y 12 del decreto en cita.

Constituyen patrimonio del fondo el producto de las multas previstas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986), cuyo recaudo y manejo le corresponden y los bienes y elementos utilizados y los dineros decomisados por la comisión de hechos punibles descritos en aquel estatuto (artículos 4º y 14): el personal a su servicio, designado por el representante legal -viceministro de justicia- asume la categoría de empleado público (artículo 15), el régimen de sus actos y contratos es el contemplado en los Decretos 01 de 1984 y 222 de 1983 (artículos 16 y 17) y la Contraloría General de la República ejerce el control de sus actividades (artículo 18).

Expedido el Decreto 2355 de 11 de diciembre de 1987, la Corte Suprema de Justicia, con fecha 21 de enero de 1988, declaró inexequible, por ser contrario a la Constitución, el artículo 97 de la Ley 30 de 1986, parte final, en cuanto a otorgamiento indefinido en el tiempo de facultades al Gobierno Nacional para determinar la estructura, organización y funcionamiento del Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación.

Con la sentencia quedó restablecida la competencia constitucional del Congreso para expedir el estatuto básico del Fondo y desarraigada del orden jurídico la competencia del Gobierno, atribuiada por la Ley 30 de 1986.

Luego mal puede subsistir, incorporado a dicho orden, el Decreto 2355 de 1987, como desarrollo de tal competencia, simplemente porque cuando la ejerció el Gobierno no se había resuelto la acción de inexequibilidad interpuesta contra la norma que le atribuía el artículo 97 de la Ley 30 de 1986. Si persistiera la aplicación del decreto, en cuestión quedaría sin efecto la sentencia de inconstitucionalidad, pues la norma, con base en la cual fue expedido el decreto conservaría inalterados sus alcances, así resultan contrarios abiertamente a los de la sentencia. La aplicación del decreto prolongaría, en últimas, los efectos de la violación de la Constitución.

Cuando el fundamento de la sentencia fue la inexequibilidad de una norma, por atribuir al Gobierno una competencia del Congreso con violación del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución Política, el efecto de dicha sentencia tiene un sentido de rectificación que no puede ser sino el restablecimiento de la competencia del Congreso para expedir el estatuto básico del Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación o para otorgar, con el mismo fin, facultades extraordinarias al Presidente de la República de conformidad con el artículo 76-12 de la Constitución.

Es el mecanismo de conservación del orden constitucional, de legitimidad expresada en sus normas, operante dentro de un sistema de defensa institucional, des-

de la ejecutoria de la sentencia, que no tolera reductos de actividad estatal arbitraria, inmunes al imperio de la Constitución.

El ejercicio válido de una competencia recibida implica sujeción a las normas que la atribuyen y regulan mientras la validez de éstas se sostenga en su constitucionalidad, fuente determinante de su vigencia, en el ámbito propio de su aplicación. Pero cuando la expedición del Decreto 2355 de 1987 fue inconstitucional, cuál puede ser el título para que continúe vigente, para que continúe aplicándose como desarrollo válido de una facultad inexequible por razón de su origen? Puede justificarse la vigencia de dicho decreto con razones distintas de su constitucionalidad? Investido por el Congreso de facultad viciada, la estructura, la organización y el funcionamiento que dio el Gobierno al fondo no guardan la correspondencia debida con la Constitución Política, de donde las únicas que pueden guardarla son las que dé el Congreso en ejercicio de su competencia y el único funcionamiento válido del fondo el que resulta de esa nueva estructura y organización.

Si son generales y definitivos los efectos del fallo de inexequibilidad del aparte final del artículo 97 de la Ley 30 de 1986, afectan, ab initio, la estructura, la organización y el funcionamiento del Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación, porque el decreto mediante el cual se determina no puede ahora justificarse frente a la Constitución y su vigencia resulta incompatible con la misma. La incompatibilidad entre dos regulaciones jurídicas se resuelve dejando de aplicar la norma contraria a la Constitución para reafirmar la vigencia de ésta.

Esta es razón definitiva para que cese la aplicación del Decreto 2355 de 1987 y la extensión de sus efectos como contrarios a la Constitución vigente y se afirma la prioridad normativa de los preceptos constitucionales y su consecuente aplicabilidad. Luego, en reconocerlo así y presentar al Congreso el proyecto de ley correspondiente, puede concretarse ahora la acción del Gobierno, en ejercicio de auto-control administrativo de constitucionalidad.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de Señor Ministro de Justicia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO/PAGO PARCIAL DE CESANTIAS/AVANCES DE CESANTIAS/PROGRAMA DE VIVIENDA - Régimen aplicable/**FONDO NACIONAL DEL AHORRO** - Aplicación

El manejo de las cesantías de los trabajadores de las entidades exentas de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro está sometido en lo que se refiere a programas de vivienda a las pautas y requisitos establecidos en el Decreto Ley 3118 de 1968. La exoneración de la afiliación al fondo supone únicamente el no reporte a esa entidad, de las cesantías y del pago de los correspondientes aportes de los organismos exentos. Autorizada su publicación el día 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Jaime Paredes Tamayo.

Radicación: Nº 243.

Referencia: Consulta del Ministerio de Agricultura sobre: Reconocimiento y pago de avances de cesantías a sus trabajadores.

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

"En uso de la facultad consagrada en el artículo 141 de la Constitución Política y 98 del Decreto Extraordinario 01 de 1984, me permito plantear ante esa Honorable Corporación la siguiente Consulta:

"1° La Caja de Crédito Agrario, Industrial y minero, ha venido dando cumplimiento a lo estipulado en el Decreto 3118 de 1968 y normas concordantes en rela-

ción con sus objetivos, los cuales al decir del artículo 2° literal c) y 16 ibídem son, en materia de vivienda, los siguientes:

a) Compra de vivienda o de solar para edificarla;

b) Construcción de vivienda en solar del empleado o trabajador o de su cónyuge;

c) Mejora de la vivienda propia del empleado o trabajador o de su cónyuge; y

d) Liberación de gravámenes hipotecarios y que pesen sobre la vivienda del empleado, o de su cónyuge.

"2° De conformidad con lo previsto en el artículo 19 literal k) del Decreto 1091 de junio 30 de 1969 mediante el cual se aprobaron los estatutos de la entidad y que a continuación se transcribe, el Fondo Nacional de Ahorro eximió a la Caja de su afiliación a tal organismo: "Son funciones de la Junta Directiva:....k) Eximir a determinados organismos, total o parcialmente, de la obligación de entregar al Fondo las cesantías, cuando ellos adelanten programas de vivienda para sus empleados y trabajadores, siempre que tales programas cumplan con los requisitos que la misma junta determine".

"3° En materia de avances sobre cesantías (o pagos parciales como suele denominársele) la caja se ciñe a lo previsto en el artículo 36 de Decreto 3118/68.

"4° Algunos empleados de la caja, ya poseedores de vivienda, han expresado a la entidad, que la caja no está obligada a las limitaciones impuestas por el Decreto 3118/68 y que, por tanto, las solicitudes de avances de cesantía para compra de inmueble urbano y, aun rural, deben ser atendidas independientemente de que el trabajador o su cónyuge, posean vivienda, pues el fondo, al eximir a la caja de su afiliación al mismo, dejó sin efecto para ella la sujeción a tal régimen.

"5° La caja ha venido considerando al tenor de lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 36 del Decreto 3118/68, que la no obligatoria afiliación al Fondo produce el efecto de no tener que liquidar y reportar para efectos de su pago a los empleados oficiales afiliados, el monto de las cesantías a su favor; pero deja vigente para el patrono la obligatoria sujeción a la leyes y demás normas concordantes reguladoras de esta situación, pues el fin último, o sea, la preservación y pago de las cesantías debidas a sus trabajadores, debe observarse, independientemente del procedimiento que inspire su liquidación y manejo (artículos 3°, 27, 31, 32 inciso 2° del Decreto 3118/68).

"En virtud de lo antes expuesto, me permito plantear el siguiente interrogante:

"Si la Junta Directiva del Fondo Nacional de Ahorro, en virtud de lo dispuesto en la norma transcrita y concordantes, exime a la caja o a cualquier ente de derecho público de la obligatoriedad de su afiliación ¿Puede entenderse que esta exoneración conlleva, además, a un manejo de las cesantías de los trabajadores de la entidad en

forma distinta a la ordenada por el Decreto 3118 de 1968 y por el parágrafo 3° del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945 o la exoneración sólo se da en cuanto a la obligatoriedad del reporte de las cesantías a su cargo y pago de los correspondientes aportes?

Se considera:

1° El Fondo Nacional de Ahorro, fue creado por el Decreto Ley 3118 de 1968. A la citada entidad creada con categoría de establecimiento público se le señala como objetivo primordial el pago del auxilio de cesantía, y subordinados a éste, los demás objetivos que enumera el artículo 2°.

Para el cumplimiento de sus objetivos le fueron asignados, entre otros, los recursos provenientes de las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales, además de los ahorros voluntarios de los empleados y trabajadores que sean beneficiarios del fondo.

2° Dentro de los objetivos que le fueron señalados, "los cuales servirán también como criterio de interpretación de las disposiciones del Decreto", se le fijaron: "a) Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales; b) Proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria, mediante el reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado o trabajador; c) Contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado".

3° Para la constitución del fondo el artículo 3° del Decreto Ley en mención, dispuso la liquidación y entrega a la entidad del producto de las cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales que laboren en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional, correspondientes a servicios prestados hasta el 31 de diciembre de 1968, o hasta fecha anterior según el caso.

Para que el Fondo Nacional de Ahorro responda por el pago oportuno de la cesantía reclamada por un trabajador oficial de la empresa del Estado vinculada a aquel, en indispensable que la respectiva empresa haya cumplido con la obligación de consignarla en dicho fondo.

Al radicar, la ley en el Fondo Nacional de Ahorro la obligación de pagar el auxilio de cesantía a todos los trabajadores de las entidades vinculadas al mismo, éstas quedaron excluidas de tal obligación.

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Ley "El fondo deberá mantener en dinero efectivo y un título de inmediata realización el porcentaje de sus recursos que determine periódicamente la Junta Directiva "... a fin de que el monto de recursos de liquidez inmediata sea suficiente para el pago oportuno de cesantías...".

"El resto de los recursos de éste se empleara en las inversiones y prestamos autorizados en el presente decreto...".

Los artículos 22 y 11 del Decreto 3118 de 1968 prescriben el procedimiento para liquidación y pago de cesantías.

Sin embargo, el ordinal j) del artículo 7° asignó a la junta directiva de fondo, la facultad de eximir a determinados organismos, total o parcialmente, de la obligación de entregar al fondo las cesantías, "**cuando ellos adelanten programas de vivienda para sus empleados y trabajadores, siempre que tales programas cumplan con los requisitos que el mismo fondo determine**".

4° Objeto y finalidad para el cual se concede el préstamo (art. 16); criterio de conveniencia para el empleado o trabajador en relación con el crédito que se le concede desde el punto de vista comercial y social (art. 17 ordinal a); aplicación de tasas de interés moderadas, habida consideración de la capacidad económica del interesado, son criterios de orientación y regulación legal, que el Decreto 3118 dispuso tener en cuenta para la concesión de esta clase de créditos, y que en concepto de la Sala se proyectan con carácter de obligatorio cumplimiento sobre aquellos organismos a los cuales el Fondo Nacional de Ahorro eximió de la obligación de hacerle entrega del producto de las cesantías de sus funcionarios y trabajadores para facilitarles a cambio, de operaciones de crédito directas a sus empleados.

Resulta por tanto equivocada la interpretación y alcance que se da a está exoneración al proyectarla con efecto diferente y por fuera del régimen previsto en el Decreto 3118. Tan cierta es la anterior afirmación que el ordinal j) del artículo 7° del decreto en mención sujeta los programas de crédito para vivienda de los organismos exentos de la obligación de entregar al Fondo Nacional de Ahorro las cesantías de sus empleados, a los requisitos que el mismo Fondo determine.

Por lo demás el régimen de cesantías de los empleados oficiales (empleados públicos y trabajadores oficiales) de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero es el correspondiente al Decreto 3118 de 1968 y no al de la Ley 6ª De 1945.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala estima que el manejo de las cesantías de los trabajadores de las entidades exentas de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro está sometido en lo que se refiere a programas de vivienda a las pautas y requisitos establecidos en el Decreto Ley 3118 de 1968. La exoneración de la afiliación al fondo supone únicamente el no reporte de esa entidad, de las cesantías y del pago de los correspondientes aportes de los organismos exentos.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Agricultura y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

DOBLE ASIGNACION DE TESORO PUBLICO - Excepciones/**PENSION DE JUBILACION/MINISTRO/REMUNERACION** - Tope/**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**

Por regla general, nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, excepcionalmente, y como en el caso del literal c), del artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978, las personas pensionadas pueden devengar la remuneración de los cargos determinados taxativamente, con la sola condición de que el valor conjunto de la pensión y del sueldo recibido en el cargo no exceda la remuneración fijada para los ministros del despacho. El docente pensionado por una universidad departamental está devengando asignación del tesoro público que solamente es compatible con la remuneración de cualquiera de los cargos determinados en el literal c), del artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978 y con un cargo docente, según lo previsto en el Decreto 606 de 1969. De manera que, únicamente podría percibir las asignaciones de los cargos taxativamente prescritos en la norma citada siempre que el valor de la pensión y el sueldo no exceda la remuneración que la ley haya fijado para los ministros del despacho. De otra parte, si el docente pensionado ejerce un cargo que no está previsto en el literal c), del artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978, no puede recibir ningún valor que corresponda a la remuneración de dicho cargo, toda vez que las prescripciones del artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978 son taxativas y no pueden hacerse extensivos a casos similares con fundamento en el principio que dispone que toda excepción es de restrictiva interpretación y aplicación. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., quince (15) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Jaime Paredes Tamayo.

Radicación: Nº 251.

Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Educación Nacional.

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

"1. Puede una persona jubilada como docente de una universidad del orden departamental, recibir simultáneamente la pensión de jubilación y el salario como ministro, gobernador, alcalde o en cualquier otro cargo público ?

"2. En caso de que la pregunta anterior sea negativa, se quiere saber si es factible que el funcionario pueda recibir la pensión de jubilación como docente y los gastos de representación del cargo público que desempeñe".

La Sala considera y responde:

1º El artículo 64 de la Constitución Nacional prescribe que "nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, **los departamentos** y los municipios" (subraya la Sala).

2º El artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978 reproduce la esencia del artículo 64 de la Constitución y establece unas excepciones a la prohibición, entre las cuales está la del literal c) que a la letra dice: "Las que provengan de pensión de jubilación y del ejercicio de los cargos de ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, viceministro, subjefe de departamento administrativo, superintendente, secretario general de ministerio, departamento administrativo o superintendencia, director general de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado, secretario general de establecimiento público, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este ordinal, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo percibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la ley para ministros del despacho".

3º De las normas transcritas se deduce que, por regla general, nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, excepcionalmente, y como en el caso del literal c), del artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978, las personas pensionadas pueden devengar la remuneración de los cargos determinados taxativamente, con la sola condición de que el valor conjunto de la pensión y del sueldo recibido en el cargo no exceda la remuneración fijada para los ministros del despacho.

4º Con fundamento en las consideraciones anteriores se tiene que: el docente pensionado por una universidad departamental está devengando asignación del tesoro público que solamente es compatible con la remuneración de cualquiera de los

cargos determinados en el literal c), del artículo 32 del decreto ley 1042 de 1978 y con un cargo docente, según lo previsto en el Decreto 606 de 1969. De manera que, únicamente podría percibir las asignaciones de los cargos **taxativamente prescritos** en la norma citada siempre que el valor de la pensión y el sueldo no exceda la remuneración que la ley haya fijado para los ministros del despacho.

De otra parte, si el docente pensionado ejerce un cargo que no está previsto en el literal c), del artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978, no puede recibir ningún valor que corresponda a la remuneración de dicho cargo, toda vez que las prescripciones del artículo 32 del Decreto Ley 1042 de 1978 son taxativas y no pueden hacerse extensivos a casos similares con fundamento en el principio que dispone que toda excepción es de restrictiva interpretación y aplicación.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Ministro de Educación Nacional.

Transcríbase en sendas copias auténticas al Ministro de Educación y a la secretaría jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS/ASOCIACION DE MUNICIPIOS/PERSONA DE DERECHO PUBLICO-Régimen aplicable/**COOPERATIVAS**-Régimen aplicable

Los municipios que son entidades territoriales de carácter local y personas de derecho público, no pueden asociarse bajo el régimen de las cooperativas porque éstas están sometidas al derecho privado (art. 1º Decreto-Ley 1598 de 1963). Y porque el art. 7º del Decreto-Ley 130 de 1976 establece que la sociedad exclusiva de entidades públicas, sin ánimo de lucro y con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar servicios públicos, conforman personas jurídicas que se hallan bajo el régimen previsto para los establecimientos públicos, de tal manera que por congregar la cooperativa de municipalidades de Antioquia y algunos de sus Municipios, debe transformarse en un establecimiento público de conformidad con el art. 7º, citado. "Así las cosas, mientras la cooperativa se transforma en un establecimiento público, se seguirá rigiendo por el derecho privado, siendo por lo mismo, sus actos privados y sus empleados, particulares". (Sala de Consulta y Servicio Civil, Magistrado Ponente Dr. Jaime Betancur Cuartas, 14 de octubre de 1988).

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Jaime Paredes Tamayo.

Radicación Nº 219.

Referencia: Consulta del Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas sobre: cooperativas de municipalidades.

El Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas envió a la Sala, la consulta que se transcribe:

"Mediante la Resolución número 00243 del 19 de mayo de 1967, la entonces Superintendencia Nacional de Cooperativas reconoció personería jurídica a la Cooperativa de Intendencias y Comisarías Ltda. "COINCO".

A través del Decreto 1277 del 21 de abril de 1986, se aprobaron los estatutos adoptados en la Asamblea General celebrada el 6 de febrero de ese año por la citada Entidad.

El artículo 2° del decreto antes mencionado, estableció: "La Sociedad que se regula mediante los presentes estatutos se denominará COOPERATIVA DE INTENDENCIAS Y COMISARIAS LTDA. (COINCO), con personería jurídica reconocida mediante Resolución N° 00243 del 19 de mayo de 1967 de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, conformada por el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, a nombre de la Nación; las intendencias y comisarias de la República de Colombia; el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica; en Instituto Nacional de Radio y Televisión; la Empresa Nacional de Telecomunicaciones; la Corporación Araracuara y el Centro "Las Gaviotas".

Al definir la naturaleza jurídica, el decreto previó en el artículo 2°: "La Cooperativa de Intendencias y Comisarías Ltda., sometida al régimen legal y reglamentario, aplicable a esta clase de sociedades", y el parágrafo del mismo artículo estableció: "De conformidad con el artículo 4° del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 y 5° del Decreto 130 de 1976, la Cooperativa de Intendencias y Comisarías Ltda., se clasificará como una sociedad de economía mixta indirecta, con régimen de empresas industrial y comercial del Estado perteneciente al orden Nacional y vinculada al Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías".

Respecto del objeto y las actividades, el estatuto vigente señala: Artículo 5°. "OBJETO: La Cooperativa será de carácter integral y en consecuencia tendrá como objeto satisfacer las necesidades económicas, sociales y culturales de sus socios, en especial de las Intendencias y Comisarías y de la Comunidad en general".

Artículo 6°. "ACTIVIDADES: En cumplimiento de su objeto social, la Cooperativa realizará actividades industriales y comerciales; prestará servicios con fines de interés público o social; cooperará en el cumplimiento de funciones administrativas; buscará la coordinación, con las diversas entidades que operen o puedan operar en el área de influencia, y en general allí mismo ejecutará labores relativas a su desarrollo".

Como Cooperativa, COINCO está sometida al régimen del Decreto 1598 de 1963, y su reglamentario 2059 de 1968 y demás disposiciones legales que regulan este tipo de entes jurídicos y, como entidad descentralizada indirecta del orden nacional, se rige básicamente por los Decretos Extraordinarios 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976.

Los aspectos que consulta pueden sintetizarse así:

1. Las personas jurídicas constituídas por entes públicos pueden organizarse en cooperativas.

2. Es compatible la naturaleza jurídica de cooperativas con la de la entidad descentralizada indirecta del orden Nacional, departamental o municipal, en la asociación de personas jurídicas de derecho público.

3. Las entidades organizadas por la asociación de municipios, en algunos casos con la participación de personas jurídicas de derecho privado o particulares, que actualmente existen reconocidas y con personería jurídica de Cooperativa, deben ostentar también la calidad de entidades descentralizadas indirecto, o pueden continuar sometidas exclusivamente al régimen cooperativo?".

La Sala considera y responde:

1. Las personas jurídicas constituídas por entes públicos pueden organizar cooperativas?

El Decreto 130 de 1976 define las entidades públicas en su artículo 20 así:

"..... Para los efectos previstos en el presente decreto son entidades públicas la Nación, las Entidades Territoriales, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Sociedades de eEonomía Mixta, sujetas al régimen previsto para las empresas".

Por su parte el artículo 7° del mismo decreto expresa:

"A las personas jurídicas que se creen sin ánimo de lucro, por la asociación exclusiva de entidades públicas, con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, se les aplican las normas previstas para los **Establecimiento Públicos**, sin perjuicio de las particularidades que contengan los actos de su creación. En todo caso, sus juntas o consejos directivos estarán integrados y sus representantes legales serán designados en la forma que prevean los correspondientes estatutos".

Establecimientos públicos de acuerdo al artículo 5° del Decreto 1050 de 1968: "Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público.....".

El artículo 1° del régimen de asociación cooperativa, Decreto 1598 de 1963, reconoce las sociedades de cooperativas como personas jurídicas de derecho privado, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social.

De análisis de las normas antes transcritas se concluye que la cooperativa es persona jurídica de derecho privado cuya finalidad es servir directamente a sus miembros con el objeto de conseguir un fin económico o social.

En cambio la asociación exclusiva de entidades públicas sin ánimo de lucro tiene como finalidad la cooperación en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, y esta asociación implicaría la aplicación de normas previstas para los establecimientos públicos qué según el art. 5° del Decreto 1050 de 1968 se rigen por las normas del derecho público.

En consecuencia no es posible que las personas jurídicas constituídas por entes públicos puedan organizarse en cooperativas.

2° ¿Es compatible la naturaleza jurídica de cooperativas con la de la entidad descentralizada indirecta del orden nacional, departamental o municipal, en la asociación de personas jurídicas de derecho público?

El artículo 4° del Decreto 3130 de 1968, expresa: "Las personas jurídicas en las cuales participen la Nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050 de 1968 y en dicho acto también se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, según la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores".

"Igual regla se seguirá con respecto a las personas jurídicas que se creen por la asociación de entidades descentralizadas, con o sin participación de personas privadas".

"Cuando la Nación o los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se hará inmediatamente, si fuere el caso, las reformas estatuarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme al Decreto 1050 de 1968 y al presente Decreto".

Por su parte el artículo 8° del Decreto 1050 de 1968 definió las Sociedades de Economía Mixta como: ..... organismos constituídos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley.

En el caso consultado, el Decreto 1277 de 1986 que aprobó los Estatutos de la Cooperativa de Intendencias y Comisarías Ltda., (Parágrafo del artículo 2°) clasificó a COINCO como una Sociedad de Economía Mixta indirecta con régimen de empresa industrial o comercial del Estado perteneciente al orden nacional y vinculada al Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

De los textos legales transcritos, resulta evidente que, los aspectos relativos a la naturaleza jurídica organización y creación de las entidades de segundo grado sólo

es válida en cuanto se funde en la ley y en la autorización que en ella se establezca para tal efecto.

Las personas que tienen orígen en la voluntad estatal, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, deben clasificarse en alguna de las categorías que definen los Decretos 1050 y 3130 de 1968, "..... resulta vedado al Congreso, como legislador ordinario o al Ejecutivo como extraordinario, apartarse en la descentralización indirecta, de las características constitucionales de Establecimientos Públicos, de Empresa Industrial y Comercial del Estado, o Sociedades de Economía Mixta, pues aunque entes descentralizados obedecen a especiales connotaciones de funciones, objetivos, régimen, patrimonio, como se dejó visto; luego no existen entes asociativas administrativos diversos a ellos y riñen con las normas superiores los entes "asociativos especiales", o que no tengan aquellas características". (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de octubre de 1986, expediente 144).

Ninguna persona jurídica pública constituída bajo forma societaria puede asumir actividad distinta a la industrial o comercial.

En efecto, la naturaleza jurídica de las entidades descentralizadas indirectas del orden nacional riñe con la naturaleza jurídica de las cooperativas que son personas jurídicas de derecho privado, cuyas actividades deben cumplirse con la finalidad de obtener beneficios económicos sociales exentos del ánimo de lucro de acuerdo con los artículos 1° y 4° del Decreto 1598 de 1963.

Respecto al objeto social de COINCO definido en el artículo 6° de los estatutos en los cuales de dice que la cooperativa realizará actividades industriales y comerciales, prestará servicios con fines de interés público o social; cooperará en el cumplimiento de funciones administrativas, no encuentra la Sala que las actividades industriales y comerciales de COINCO, ni su cooperación en el cumplimiento de funciones administrativas realmente correspondan a la naturaleza y a los fines de las sociedades cooperativas, concebidas, como se dijo anteriormente, para cumplir la actividad cooperativa sin ánimo de lucro en el campo económico, social y cultural y satisfacer así necesidades conexas y complementarias de una comunidad según los artículos 4° y 9° del Decreto 1598 de 1963.

En consecuencia, no es compatible la naturaleza jurídica de las cooperativas con la de la entidad descentralizada indirecta de cualquier orden en la asociación de personas de Derecho Público.

3° ¿Las entidades organizadas por la Asociación de Municipios, en algunos casos con la participación de personas jurídicas de derecho privado o particulares, que actualmente existen reconocidas y con personería jurídica de Cooperativas, deben ostentar también calidad de entidades descentralizadas indirectas, o pueden continuar sometidas exclusivamente al régimen cooperativo?.

Sobre las cooperativas organizadas por la Asociación de Municipios, esta Sala con ponencia del Doctor Jaime Betancur Cuartas, Radicación 228 expuso: "A pesar

de las buenas intenciones de los creadores de la cooperativa mencionada, y, aún en el supuesto de que para la época en que se creó la misma, hubiera existido disposición que permitiera que se organizara cooperativas integradas por Municipios y otras entidades públicas, la reforma constitucional y administrativa del año 1968 derogó cualquier forma de organización administrativa distinta de la establecida por ella. De tal manera, que, como se vio los Municipios, que son entidades territoriales de carácter local y personas de derecho público, no pueden asociarse bajo el régimen de las cooperativas porque éstas están sometidas al derecho privado (art. 1º Decreto-Ley 1598 de 1963). Y porque el art. 7º del Decreto-Ley 130 de 1976 establece que la sociedad exclusiva de entidades públicas, sin ánimo de lucro y con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar servicios públicos, conforman personas jurídicas que se hallan bajo el régimen previsto para los establecimientos públicos, de tal manera que por congregar la cooperativa de municipalidades de Antioquía y algunos de sus Municipios, debe transformarse en un establecimiento público de conformidad con el art. 7º, citado".

"Así las cosas, mientras la cooperativa se transforma en un establecimiento público, se seguirá rigiendo por el derecho privado, siendo por lo mismo, sus actos privados y sus empleados, particulares". (Sala de Consulta y Servicio Civil, Magistrado Ponente Dr. Jaime Betancur Cuartas, 14 de octubre de 1988).

Sin embargo, en el caso objeto de la consulta en realidad se trata de una sociedad de Economía Mixta, asimilada a Empresa Industrial y Comercial del Estado porque los aportes oficiales sobrepasan el 90 % del capital social.

En los términos anteriores se absuelve la consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

Transcríbase, en sendas copias, al jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

DOCENTE HORA CATEDRA/AUXILIO DE CESANTIA/EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia

La remisión del artículo 4º del Decreto 2277 de 1979 al Código Sustantivo del Trabajo vale en cuanto se refiere a educadores no oficiales, no vinculados por el sistema hora-cátedra a la administración. Los educadores vinculados por dicho sistema aunque no sean empleados públicos, mantienen una relación legal y reglamentaria, cuya espacialidad sigue suponiendo prestación de un servicio regular y continuo, retribuído ordinaria y permanentemente, presupuestos éstos del auxilio de cesantía y factores computables para su liquidación y reconocimiento una vez se produzca la desvinculación del servicio. La consagración expresa del derecho a vacaciones remuneradas y prima de Navidad, se aprecia fundada en la necesidad de vincular tal derecho al respectivo período lectivo y no al año de servicios, según regla general de aplicación común. Por eso la Sala no vacila en aceptar que el auxilio de cesantía corresponde también al docente de cátedra en el sistema de educación básica secundaria, media vocacional o media diversificada e intermedia profesional, y en consecuencia su liquidación y reconocimiento deben asumirlo las respectivas instituciones a la terminación del período académico, que coincide con la desvinculación del servicio.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., diez y siete (17) de Agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: Dr. Jaime Paredes Tamayo.

Radicación Nº 292.

Referencia : Consulta del Ministro de Educación Nacional sobre: "Cesantía del personal docente por hora-cátedra".

En oficio Nº 0560 el señor Ministro de Educación Nacional envió a la Sala la siguiente consulta:

"1. La Ley 24 de 1974, preceptúa en su artículo 3º: Revístese igualmente al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 19 de julio de 1975, para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de la administración nacional, así como el régimen de sus prestaciones sociales".

2. Con base en dichas facultades, el gobierno expidió el Decreto Ley 524 de 1975, por el cual se determinan las asignaciones del personal de planteles nacionales dependientes del Ministerio de Educación Nacional y se dictan otras disposiciones.

Los artículos 3 y 4 ibídem establecen:

" Artículo 3º. El profesor externo o por horas tiene 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".

"Artículo 4º. Para que el personal docente tenga derecho a percibir sueldos completos en épocas de vacaciones finales escolares, es requisito indispensable haber servido el cargo durante todo el año escolar, o sea diez (10) meses del período lectivo, en uno (1) o más establecimientos educativos. Al carecer de dicho requisito, sólo tendrán derecho a sueldos de vacaciones finales proporcionalmente al tiempo servido, por décimas partes; dichos sueldos de vacaciones finales serán cubiertos en la forma expuesta, en los planteles en donde estén prestando sus servicios, en el momento de producirse, éstas con base en el sueldo disfrutado durante el último mes".

3. El Decreto Ley 44 de 1989, por el cual se fijan las asignaciones correspondientes para los distintos grados del Escalafón Nacional Docente y se dictan otras disposiciones sobre remuneraciones en el sector educativo oficial, establece:

"Artículo 2º. La Hora-Cátedra es la hora clase dictada por un profesional no vinculado a la administración en ninguna jornada o nivel educativo, como profesor de tiempo completo, corresponde a un servicio prestado para suplir la carga académica que no pueda ser asumida por docentes de tiempo completo, en educación básica secundaria, media vocacional, o media diversificada e intermedia profesional".

El artículo 5º ibídem, inciso cuarto, refiriéndose entre otros al personal vinculado por hora cátedra, dispone:

"El personal así vinculado, tendrá derecho a la remuneración señalada en este decreto, conforme al número de horas efectivamente dictadas, salvo aquellas que no

se dicten por culpa u omisión no imputable al catedrático. Percibirán también los emolumentos a que se refiere en los artículos 3º y 4º del Decreto Extraordinario 524 de 1975, en la forma establecida en dichas disposiciones".

A partir de 1986, en los decretos salariales expedidos para el sector educativo oficial números: 111 de 1986, artículo 5º; 199 de 1987, artículo 5º; 125 de 1988, artículo 5º y 44 de 1989, artículo 3º, se ha establecido que el personal vinculado por el sistema de hora-cátedra tiene derecho a la remuneración señalada en el decreto conforme al número de horas efectivamente dictadas y al pago de los emolumentos a que se refieren los artículos 3º y 4º del Decreto Extraordinario 524 de 1975, en la forma establecida en dichas disposiciones.

La Ley 6ª de febrero 19 de 1945, en el artículo 17 literal a) preceptúa:

"Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

"a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1º de enero 1942".

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es nuestro deseo que sea el Honorable Consejo de Estado, Corporación de renombrada autoridad, quien conceptúe sobre si el personal docente vinculado por el sistema de hora-cátedra tiene derecho al pago del auxilio de Cesantía".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El régimen especial de los educadores oficiales que estableció el Decreto Extraordinario 2277 de 1979, determinó como objeto de su establecimiento y contenido de su regulación "las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñen la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el sistema educativo nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales".

Distinguió el citado decreto entre educadores oficiales, vinculados a la administración por el régimen especial establecido para ellos, y educadores no oficiales, a quienes solamente se aplican las normas del decreto sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. "En los demás aspectos del ejercicio de la profesión, dichos educadores se regirán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según el caso" (artículos 3º y 4º).

Los años de servicio para el ascenso en el escalafón podrán ser continuos o discontinuos y laborados en establecimientos educativos oficiales o no oficiales aprobados por el Ministerio de Educación Nacional. El tiempo de servicio por hora cáte-

dra tendrá valor para los ascensos de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de educación (artículo 11 ibídem).

En lo relacionado con inscripción y ascenso en el escalafón, el Decreto Reglamentario Nº 259 de 1981 dispuso en su artículo 11:

"**Tiempo de servicio por hora-cátedra.** El tiempo de servicio por hora cátedra se contabilizará en la siguiente forma:

a) Un mínimo de doce (12) horas cátedra semanales en el año lectivo, equivalen a un año de servicio.

b) Menos de doce (12) horas y hasta seis (6) horas cátedra semanales en el año lectivo, equivalen a medio año de servicio.

c) Las horas cátedra dictadas en diferentes planteles oficiales y no oficiales son acumulables para efectos de lo dispuesto en los literales a) y b) del presente artículo, pero en ningún caso se computará como tiempo doble para efectos de ascenso".

El Decreto Nº 44 de 1989, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 77 de 1988, definió la hora cátedra como **hora-clase dictada por un profesional no vinculado a la administración en ninguna jornada o nivel educativo, como profesor de tiempo completo** (Artículo 2º).

El artículo 5º, inciso 4º del mismo decreto dispone:

"El personal vinculado por el sistema de hora cátedra tiene derecho a la remuneración señalada por el artículo 12, del Decreto 44 de 1989, conforme al número de horas efectivamente dictadas, salvo aquellas que no se dicten por culpa u omisión no imputable al catedrático. Percibirán también los emolumentos a que se refieren en los artículos 3º y 4º del Decreto Extraordinario 524 de 1975, en la forma establecida en dichas disposiciones".

Los artículos 3º y 4º mencionados prescriben:

"Artículo 3º. El profesor externo o por horas tiene 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".

"Artículo 4º. Para que el personal docente tenga derecho a percibir sueldos completos en épocas de vacaciones finales escolares, es requisito indispensable haber servido el cargo durante todo el año escolar, o sea los diez (10) meses del período lectivo, en uno (1) o más establecimientos educativos. Al carecer de dicho requisito, sólo tendrán derecho a sueldos de vacaciones finales pro-

porcionalmente al tiempo servido, por décimas partes; dichos sueldos de vacaciones finales serán cubiertos en la forma expuesta, en los planteles en donde estén prestando sus servicios, en el momento de producirse estas con base en el sueldo disfrutado en el último mes".

Se concedió entonces, al "profesor externo o por horas" nombrado en establecimientos nacionales, por el año lectivo correspondiente, el 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".

Pero en ningún momento implicó el ejercicio de dichas facultades un tácito poder denegatorio en el orden de prestaciones sociales, o una nueva o distinta normatividad sobre auxilio o cesantía.

Conforme al Decreto 2277 de 1979, artículo 11, el tiempo de servicio por hora cátedra vale para los ascensos en el escalafón y cuando es prestado en los establecimientos educativos oficiales, determina la vinculación del docente al respectivo establecimiento, la retribución por sus servicios conforme al número de horas efectivamente dictadas, y el derecho a vacaciones remuneradas y a prima de navidad, similares a las del personal docente de tiempo completo y liquidadas según el promedio de lo devengado en los diez (10) meses del respectivo período lectivo.

Para efectos del reconocimiento y pago de auxilio de cesantía a un docente de tiempo completo, las horas extras y la prima de navidad se liquidan como factores de salarios luego para los mismos efectos deben liquidarse las horas cátedra y la prima de navidad del educador vinculado por aquellas a la administración , cuando constituyen, además su asignación básica.

Porque la vinculación permanente por el sistema de hora-cátedra en educación básica secundaria , media vocacional, o media diversificada e intermedia profesional, ya institucionalizada y como tal, implicativa de retribución ordinaria y permanente de servicios prestados bajo una misma relación jurídica de trabajo, constituye también presupuesto del derecho al auxilio de cesantía, en los términos de su consagración legal genérica. Y así como se causa a favor de los docentes de cátedra en el sistema de educación superior, de acuerdo con las normas que regulan esta prestación, teniendo en cuenta la remuneración que corresponde al docente de tiempo completo, las mismas cuenta y razón valen en el sistema de educación básica secundaria, media vocacional o media diversificada e intermedia profesional.

La misma fuente del derecho a cesantía, idénticas normas originales de su otorgamiento y liquidación, no pueden implicar en el sistema educativo diversas aplicaciones, reconociendo a unos docentes y desconociendo a otros la prestación social que la Ley otorga genéricamente, pues, donde una misma razón determina la aplicación de la norma, no puede existir a la vez la razón que la impida. Y, en todo caso, no hay norma expresa que exceptúe del auxilio de cesantía a ningún docente vinculado a la administración por el sistema hora-cátedra, excepción que requería norma de tal carácter, y que mal podría, por interpretación, llegar a consagrarse.

La remisión del artículo 4º del Decreto 2277 de 1979 al Código Sustantivo del Trabajo vale en cuanto se refiere a educadores no oficiales, no vinculados por el sistema hora-cátedra a la administración. Los educadores vinculados por dicho sistema aunque no sean empleados públicos, mantienen una relación legal y reglamentaria, cuya especialidad sigue suponiendo prestación de un servicio regular y continuo, retribuido ordinaria y permanentemente, presupuestos éstos del auxilio de cesantía y factores computables para su liquidación y reconocimiento una vez se produzca la desvinculación del servicio. La consagración expresa del derecho a vacaciones remuneradas y prima de navidad, se aprecia fundada en la necesidad de vincular tal derecho al respectivo período lectivo y no al año de servicios, según regla general de aplicación común. Por eso la Sala no vacila en aceptar que el auxilio de cesantía corresponde también al docente de cátedra en el sistema de educación básica secundaria, media vocacional o media diversificada e intermedia profesional, y en consecuencia su liquidación y reconocimiento deben asumirlo las respectivas instituciones a la terminación del período académico, que coincide con la desvinculación del servicio.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la referencia.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas; Hernán Cardoso Durán; Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

HIDROCARBUROS/ECOPETROL/IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS/UTILIDADES/NACION-Participación/**NACION**-Funciones/ **PORCENTAJE**-Liquidación.

A partir de la expedición del Decreto 1979 de 1974 la Empresa Colombiana de Petróleos se convirtió en contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios (artículo 2º) en este sentido el artículo 5º del citado decreto determina que: "Los impuestos que la Empresa Colombiana de Petróleos deba pagar por virtud del presente decreto, sustituyen la obligación de abonar al Gobierno Nacional el porcentaje de las utilidades de que trata el artículo 24 de los estatutos de la empresa, aprobados por el Decreto 62 de 1970". El decreto 1979 de 1974 al sustituír la obligación de Ecopetrol de abonar al Gobierno Nacional el porcentaje de las utilidades, de que trata el artículo 24 de sus estatutos, por el pago de los impuestos de renta y complementarios, no hizo sino cambiar la forma del recaudo de dicho porcentaje, que a partir de la vigencia de la mencionada norma, debe ser manejado directamente por la Nación, ya que el artículo 5º ibídem se refiere únicamente a la sustitución de abonar dicho porcentaje, pero no entró a extinguir la participación misma de la Nación en las utilidades de Ecopetrol, ni debe interpretarse en este sentido, entre otras razones porque es una materia especial que tiene sus propias implicaciones. Lo que quiso el legislador extraordinario en esta disposición, fué conjurar la crisis económica por la que atravesaba el país en ese momento, pero sin menoscabar los intereses de los departamentos y los municipios, que según el artículo 6º del Decreto 1246 de 1974, "... destinarán el producto de las participaciones.....exclusivamente a gastos de inversión directamente relacionados con obras públicas, educación, salud, desarrollo agropecuario, defensa de los recursos forestales y recuperación ecológica, y en caso de que varíen la destinación perderán por el año siguiente el derecho a tal producto, en beneficio de la Nación". Es la

Nación a la que corresponde liquidar y pagar directamente los porcentajes a que tienen derecho los departamentos y los municipios, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 3º y 4º del Decreto 1246 de 1974.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá D.E., diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero Ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas.

Referencia: Consulta Rad. Nº 302.

Decreto Legislativo 1246 de 1974. Procesos industriales de hidrocarburos, participación para los Departamentos y Municipios.

El señor Ministro de Minas y Energía doctor Oscar Mejía Vallejo, formula a la Sala una consulta, previas las textuales consideraciones que se transcriben:

1. El Decreto Legislativo 1246 del 28 de junio de 1974 estableció las participaciones en favor de los departamentos y municipios en los cuales se adelanten procesos industriales sobre hidrocarburos por la Empresa Colombiana de Petróleos, en donde se produzcan hidrocarburos destinados a refinación o tratamiento por -ECOPETROL- , así:

"Artículo 3º . Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de este Decreto, los Departamentos y Municipios en cuyos territorios la Empresa Colombiana de Petróleos lleve a cabo procesos industriales de refinación o tratamiento de hidrocarburos, tendrán derecho a un cuatro y medio por ciento (4.5%), los primeros y a un siete por ciento (7%) los segundos de la participación que corresponda a la Nación en las utilidades de dicha empresa, por concepto de tales procesos.

Los resultados de la aplicación de los anteriores porcentajes, se distribuirán entre departamentos y municipios a prorrata del volúmen de hidrocarburos refinados o tratados en sus respectivos territorios.

"Artículo 4º. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 3º de este Decreto, los departamentos y municipios en cuyos territorios se produzcan hidrocarburos destinados a la refinación o a su tratamiento, a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, tendrán derecho a un once y medio por ciento (11.5%), los primeros y a un diecisiete por ciento (17%), los segundos, de la participación que le corresponda a la Nación en las utilidades de dicha empresa, por concepto de tales operaciones industriales.

Los resultados de la aplicación de los anteriores porcentajes, se distribuirán entre departamentos y municipios a prorrata de los volúmenes de hidrocarburos que provengan de sus respectivos territorios".

2. Los porcentajes mencionados deberían ser reconocidos y pagados por la Empresa Colombiana de Petróleos a partir de enero de 1975 (artículo 10 ibídem) y con cargo a la participación que correspondiera al Gobierno Nacional en sus utilidades, no sólo por expreso mandato de las normas transcritas, sino en razón a lo indicado en el artículo 24 de los estatutos de -ECOPETROL-, aprobados por el Decreto 062 de 1970.

Igualmente el artículo 5º del mismo Decreto 1246, es concordante con el artículo anterior al manifestar: "Las participaciones de que tratan los dos artículos anteriores se liquidarán y pagarán directamente por la Empresa Colombiana de Petróleos, después de aprobado el respectivo balance, en dos contratos así: la mitad el 30 de junio y el saldo el 31 de diciembre de cada año...".

3. El 18 de septiembre de 1974 se expidió el Decreto 1979, por el cual se sustituyó la participación del 35% de las utilidades que -ECOPETROL- debía consignar a favor del Tesoro Nacional, por la obligación de pago del impuesto de Renta y complementarios.

4. Con fundamento en los antecedentes expuestos, me permito solicitar el concepto en procura de definir si la Empresa Colombiana de Petróleos continúa obligada a reconocer a los departamentos y los municipios los porcentajes determinados en los artículos 3º y 4º del Decreto 1246, o si al sustituír el compromiso de abonar al Gobierno Nacional el 35% de sus utilidades, cantidad sobre la cual se debían tomar dichos porcentajes o participaciones, -ECOPETROL- fué legalmente relevado de tal carga o desembolso, y el mismo si es que subsiste debe ser satisfecho por la Nación o el Gobierno Nacional ?

LA SALA CONSIDERA

1. Los estatutos de la Empresa Colombiana de Petróleos -aprobados y reformados, respectivamente, por los Decretos 062 de 1970 y 1569 de 1981- establecen en su artículo 24 que "... de las utilidades netas de cada ejercicio, entendiendo por éstas las que resulten después de deducir las reservas de funcionamiento y la legal, se destinarán por lo menos el 65% a las actividades mencionadas en el presente artículo -desarrollo de la refinación y la petroquímica, adquisición o construcción de oleoductos etc. -el 35% restante se abonará al **gobierno nacional**, y con cargo a esta cuenta **se atenderán los** desembolsos que la empresa deba hacer directamente por mandato legal; y el remanente se consignará en la Tesorería General de la República a la orden del Gobierno Nacional" (subraya la Sala).

2. **Dentro de los desembolsos** que la Empresa Colombiana de Petróleos **ha debido efectuar directamente, de la participación de la nación**, se encuentran los porcentajes a que tienen derecho los departamentos y los municipios, en cuyos territorios se produzcan hidrocarburos o se lleven a cabo procesos industriales de refinación o tratamiento de los mismos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 3º y 4º del Decreto 1246 de 1974, cuyos textos se transcriben a continuación:

"Artículo 3º. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de este Decreto, los departamentos y municipios en cuyos territorios la Empresa Colombiana de Petróleos lleve a cabo procesos industriales de refinación o tratamiento de hidrocarburos, tendrán derecho a un cuatro y medio por ciento (4.5%), los primeros y a un siete por ciento (7%), los segundos, de la participación que corresponda a la Nación en las utilidades de dicha empresa, por concepto de tales procesos.

Los resultados de la aplicación de los anteriores porcentajes, se distribuirán entre departamentos y municipios a prorrata del volumen de hidrocarburos refinados o tratados en sus respectivos territorios".

"Artículo 4º. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 3º de este decreto, los departamentos y municipios en cuyos territorios se produzcan hidrocarburos destinados a la refinación o a su tratamiento, a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, tendrán derecho a un once y medio por ciento (11.5%), los primeros, y a un diecisiete por ciento (17%), los segundos, de la participación que le corresponda a la Nación en las utilidades de dicha empresa, por concepto de tales operaciones industriales.

Los resultados de la aplicación de los anteriores porcentajes, se distribuirán entre departamentos y municipios a prorrata de los volúmenes de hidrocarburos que provengan de sus respectivos territorios".

En relación con esta obligación el artículo 5º del decreto citado disponía que: "las participaciones de que tratan los dos artículos anteriores se liquidarán y pagarán directamente por la Empresa Colombiana de Petróleos, después de aprobado el respectivo balance, en dos contados así: la mitad el 30 de junio y el saldo el 31 de diciembre de cada año".

3. **Sin embargo**, a partir de la expedición del decreto 1979 de 1974 la Empresa Colombiana de Petróleos se convirtió en contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios (artículo 2º) en este sentido el artículo 5º del citado decreto determina que: "Los impuestos que la Empresa Colombiana de Petróleos deba pagar por virtud del presente decreto, **sustituyen la obligación de abandonar** al Gobierno Nacional el porcentaje de las utilidades de que trata el artículo 24 de los estatutos de la empresa, aprobados por el Decreto 62 de 1970" (destaca la Sala).

4. Así las cosas, se tiene que el Decreto 1979 de 1974 al sustituir la obligación de Ecopetrol **de abonar** al Gobierno Nacional el porcentaje de las utilidades, de que trata el artículo 24 de sus Estatutos, por el pago de los impuestos de renta y complementarios, **no hizo sino cambiar** la forma del recaudo de **dicho porcentaje**, que a partir de la vigencia de la mencionada norma, debe ser manejado **directamente** por la Nación, ya que el artículo 5º ibídem se refiere únicamente a la sustitución de abonar dicho porcentaje, pero no entró a extinguir la participación misma de la Nación en las utilidades de Ecopetrol, ni debe interpretarse en este sentido, entre otras

razones, porque es una materia especial que tiene sus propias implicaciones. Lo que quisó el legislador extraordinario en esta disposición, fué conjurar la crisis económica por la que atravezaba el país en ese momento, pero sin menoscabar los intereses de los departamentos y los municipios, que según el artículo 6º del Decreto 1246 de 1974, "... destinarán el producto de las participaciones.....exclusivamente a gastos de inversión directamente relacionados con obras públicas, educación, salud, desarrollo agropecuario, defensa de los recursos forestales y recuperación ecológica, y en caso de que varíen la destinación perderán por el año siguiente el derecho a tal producto, en beneficio de la Nación".

De donde se deduce que, es a la Nación a la que le corresponde liquidar y pagar directamente los porcentajes a que tienen derecho los departamentos y los municipios, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 3º y 4º, del Decreto 1246 de 1974.

En los términos anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **ABSUELVE** la consulta formulada a esta corporación por el señor Ministro de Minas y Energía, doctor Oscar Mejía Vallejo, en relación a la participación de los departamentos y los municipios por procesos industriales de hidrocarburos.

Transcríbase en copia auténtica a la secretaría jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Minas y Energía.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas; Hernán Cardoso Durán; Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

REINTEGRO/RESTABLECIMIENTO DEI DERECHO/INDEMNIZACION - Inexistencia/**DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO** - Improcedencia

Los pagos ordenados en las sentencias judiciales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en asuntos laborales, tienen naturaleza jurídica de restablecimiento del derecho y no de indemnización, por lo mismo son asignaciones provenientes del tesoro público incompatibles con cualquier otra asignación del mismo origen, según lo previsto por los artículos 64 de la Constitución Nacional y 32 del Decreto 1042 de 1978.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E. Marzo dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y nueve (1989)

Consejero Ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas.

Referencia: Consulta radicación Nº 272.

EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM- , Reintegro de un funcionario en cumplimiento de sentencia judicial.

El señor Ministro de Comunicaciones, doctor Pedro Martín Leyes Hernández, eleva a la Sala una consulta, previas las textuales consideraciones enunciadas a continuación:

1. Por Resolución Nº 02039 del 25 de abril de 1983, el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-, declaró insubsistente al funcionario LUIS ALFONSO TABARES BECERRA, en el cargo de profesional III categoría "2" de la Viscepresidencia de Operaciones, División de Mantenimiento, Sección Conmutación Telefónica, grupo Telegrafía local.

2. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección segunda-, en sentencia proferida el 29 de julio de 1988, declaró nulo el acto administrativo contenido en la Resolución Nº 02039 del 25 de Abril de 1983.

3. Con el propósito de dar estricto cumplimiento a la sentencia judicial, TELECOM ordenó el reintegro del funcionario e igualmente el pago de las sumas señaladas en la sentencia, pero sujetando dicho pago a la certificación que expidiera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el cual se señale que el beneficiario no hubiere recibido asignación proveniente del tesoro público durante el lapso comprendido entre la desvinculación y el reintegro.

4. TELECOM obtiene certificación expedida por una empresa pública del orden Municipal en el sentido de señalar que el funcionario en cuestión estuvo vinculado a la misma, prestando sus servicios por un período de tiempo de (2 años), considerablemente amplio dentro del lapso en que, transcurre la desvinculación y el reintegro.

5. El funcionario a través del apoderado solicita que no se descuente del valor de la condena judicial, suma alguna como consecuencia del tiempo durante el cual su representante estuvo prestando sus servicios a la mencionada entidad pública.

La petición se fundamenta en tres sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Bogotá (Junio 5-84, Agosto 28-84 y Octubre 6-85).

Al disponer TELECOM el pago de las sumas de dinero exigidas por el demandante (sin descuento alguno), podría incurrirse en el desconocimiento y consiguiente violación del artículo 64 de la Constitución Nacional y demás normas legales que la desarrollan, lo cual podría acarrear consecuencias disciplinarias, penales y patrimoniales, pero por otro lado el desconocimiento de la tesis esbozada por el representante del demandante podría significar el desconocimiento de un derecho del cual fuere titular el demandante y consiguientemente el no acatamiento literal de la sentencia proferida por el Consejo de Estado.

SE CONSULTA:

a) Al dar cumplimiento a la sentencia proferida por el Consejo de Estado, TELECOM debe ordenar el pago íntegro de las sumas de dinero consignadas en dichas sentencias o por el contrario a las mismas debe deducirse la cuantía que hubiere percibido, también proveniente del tesoro público, el demandante durante la época que estuvo vinculado a otra entidad pública?

b) Si el anterior interrogante se resuelve en favor del demandante por asumir los dineros a los cuales se condenó a pagar a TELECOM tiene el carácter de INDEMNIZACION y no de SALARIO dejaría de computarse (con solución de continuidad) el tiempo durante el cual no prestó servicios a TELECOM toda vez que los pagos mencionados no responderían a la noción de salarios?

En caso afirmativo se estaría contrariando la sentencia judicial en cuanto la misma ordenó el reintegro y pago de salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde la separación del cargo hasta su reintegro, al tiempo que dispuso también que en el lapso de desvinculación del servicio se computara **como sin solución de continuidad** ?

La Sala considera y responde:

Mediante concepto del 18 de noviembre de 1988, con ponencia del actual ponente, la Sala expresó sus criterios respecto de los mismos puntos planteados en la consulta que se analiza, y que se reitera en esta oportunidad:

1. La entidad administrativa que está obligada a dar cumplimiento a la sentencia judicial, proferida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que ordena el reintegro y el pago de todos los sueldos y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de separación del cargo, debe proceder a descontar, de la correspondiente liquidación, las sumas recibidas por el empleado por concepto de sueldos y prestaciones devengados por el ejercicio de un cargo en otra entidad pública cualquiera que sea el orden al cual ella pertenezca. La Sala expuso dos razones jurídicas para sustentar el descuento mencionado, a saber:

"1ª Porque la sentencia ordena reconocer y pagar las sumas de dinero por concepto de sueldos y prestaciones a que tenía derecho el empleado y no percibió, pero como dicho empleado recibió sumas equivalentes a sueldos y prestaciones del tesoro público, por haber estado vinculado a otra entidad pública, el descuento efectuado por la entidad que reintegra al empleado permite que la liquidación final refleje lo ordenado en la sentencia.

"2ª Porque el artículo 64 de la Constitución Nacional dispone que: "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por Tesoro Público el de la Nación, los departamentos, los municipios". Esta norma fue reproducida por el artículo 32 del Decreto 1042 de 1978..", que previó unas excepciones a la prohibición general, dentro de las cuales no se encuentra las de las asignaciones que se deben pagar con fundamento en fallos judiciales y las devengadas en otras entidades públicas durante el lapso en el cual el empleado estuvo separado del cargo de la entidad demandada, que debe cumplir tales sentencias.

Sobre este aspecto la Sala concluyó, en el concepto citado, que: "la entidad pública que está obligada a realizar el pago de sueldos y prestaciones, al efectuar el descuento mencionado evita que se incurra en el pago de lo no debido y además, en que el empleado reintegrado perciba más de una asignación del tesoro público".

2. Las sumas que la entidad pública cancela a un empleado reintegrado, "por concepto de sueldos y prestaciones dejados de percibir durante el lapso que estuvo

desvinculado de la entidad, tienen el carácter o la naturaleza jurídica de restablecimiento del derecho, puesto que lo que ordena la sentencia proferida por la autoridad jurisdiccional: es el reintegro y reconocimiento y pago de las sumas equivalentes a sueldos y prestaciones dejados de devengar. Es decir, que se anula el acto por medio del cual se desvinculó al empleado y las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de producirse dicho acto" (Concepto citado).

La Sala contenciosa del Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento sostuvo que: "En cuanto a los perjuicios reclamados, ha determinado siempre la jurisprudencia que en las acciones de plena jurisdicción o restablecimiento del derecho, ésta opera con el reintegro al cargo y el pago de sueldos, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales dejadas de percibir, es decir, volviendo las cosas al estado anterior, como si el acto nunca hubiere sido expedido. No cabe entonces condena distinta (sentencia del 28 de julio de 1988, Sección Segunda, Consejera Ponente Doctora Clara Forero de Castro, Expediente 1478).

Se concluye, sin lugar a dudas que, los pagos ordenados en las sentencias judiciales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en asuntos laborales, **tienen la naturaleza jurídica de restablecimiento del derecho y no de indemnización,** por lo mismo son asignaciones provenientes del tesoro público incompatibles con cualquier otra asignación del mismo origen, según lo previsto por los artículos 64 de la Constitución Nacional y 32 del Decreto 1042 de 1978.

Por lo expuesto, la Sala considera que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, **debe descontar** de la liquidación de las sumas adeudadas al empleado reintegrado, el valor de las asignaciones percibidas por el ejercicio de un cargo en otra entidad pública durante la época que estuvo desvinculado de la empresa, **y que sea certificado por la entidad competente.**

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado **ABSUELVE** la consulta formulada por el señor Ministro de Comunicaciones doctor Pedro Martín Leyes Hernández.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

PERSONAL DOCENTE TEMPORAL/INSTITUCION DE EDUCACION SUPERIOR PUBLICA/EMPLEADO OFICIAL-Inexistencia/**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS**

Los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial cuyos servicios sean requeridos transitoriamente en una universidad pública, para un período inferior a un año, son servidores temporales que no tienen, por disposición de la ley, la calidad de empleados oficiales, sino que se consideran de carácter particular como consecuencia de la misma normatividad, a pesar de su dedicación de tiempo completo. La vinculación de los mencionados docentes debe hacerse mediante el contrato administrativo de prestación de servicios, según definición del mismo en el inciso 1º del artículo 163 del Decreto-Ley 222 de 1983 -Estatuto Contractual-, y la remuneración y pago de sus servicios serán reconocidos por el Rector de la Universidad (artículo 60, literal f, Decreto-Ley 80 de 1980) por resolución, de acuerdo con el tiempo y demás factores convenidos en el contrato.

DOCENTE DE CATEDRA/PRESTACIONES SOCIALES

Las prestaciones sociales de los docentes de cátedra serán las mismas establecidas para los docentes de tiempo completo (artículo 98, inc. 1º), pero proporcionales a las horas efectivamente dictadas, tomando para su liquidación la remuneración que le haya correspondido al docente, según su categoría, durante la vigencia del contrato de prestación de servicios.

DOCENTE DE CATEDRA/REMUNERACION/ESCLAFON DOCENTE

En cuanto a su remuneración la norma prevée que, los docentes de cátedra, se dividen en dos grupos: los que se encuentran escalafonados y los que no están inscritos en el escalafón; para los primeros la remuneración se determina por su categoría en el escalafón y con base en las horas efectivamente dictadas; para los segundos, la remuneración deberá fijarse una vez realizada su asimilación en el escalafón de la misma universidad, porque de la lectura del Decreto-Ley 80 de 1980 se deduce que la pauta para fijar la remuneración de los docentes son las categorías del escalafón de la Universidad que va a efectuar dicha remuneración, y así cualquiera otra figura que se aplique distinta a la asimilación resultaría extraña a la norma y podría llegar a ser ilegal e injusta. Además, el artículo 110, inciso 2º del decreto en referencia prescribe "En la determinación de la remuneración de los docentes deberá tenerse en cuenta las categorías del escalafón docente". Por otra parte, para la asimilación en referencia deberán tomarse en consideración los factores de ascenso para la asignación de unidades o puntaje, de conformidad con los estatutos de la institución y las demás normas vigentes sobre clasificación y remuneración de docentes universitarios. La liquidación se hará sobre las horas efectivamente dictadas.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil
Consejero Ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas.

Bogotá, D.E., primero (1º) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988)

Referencia: Consulta Radicación: Nº 220.

Decreto 80 de 1980. Naturaleza jurídica y régimen prestacional del personal docente de cátedra en Universidades Oficiales. Ref: Consulta Nº 220.

El señor Ministro de Educación Nacional doctor Manuel Francisco Becerra Barney, formula a la Sala una consulta, previos los siguientes planteamientos:

1. Como el artículo 98 del Decreto 80 de 1980 dice que la remuneración del personal docente de cátedra se determinará según su categoría en el escalafón, si la tiene, se pregunta: Cuál escalafón se debe entender, si el escalafón nacional docente, el escalafón de la Universidad a la cual se vincula el docente, o el escalafón docente que tenga el profesor en otra universidad?

En caso de no tener escalafón, cómo se determinará su remuneración?. Quién en la Universidad es el competente para determinar el valor de la hora cátedra y qué criterios se deberán tener en cuenta para fijar dicho valor?.

Como esta misma norma expresa en la parte final del inciso primero, que las prestaciones sociales serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo, y como el estatuto del personal docente de la Universidad Pedagógica Nacional (Decreto 2331 de 1982) y la misma norma salarial correspondiente para docentes de planta de tiempo completo y parcial fijan para cada año diferentes valores según categorías especiales con base en un sistema llamado de unidades de ascenso, se pregunta: Cómo se determinarían sus prestaciones sociales proporcionales? Es viable fijar el valor de la hora cátedra incluyendo un porcentaje para el pago de prestaciones sociales de modo que se discrimine en dos factores: el valor de la hora cátedra y un porcentaje correspondiente a las prestaciones sociales para liquidar y pagar mensualmente?

2. El artículo 99 ibíd en preceptúa:

> "Los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial cuyos servicios sean requeridos transitoriamente por la institución para un período inferior a un año, no son empleados oficiales y sus servicios serán reconocidos mediante Resolución".

Sobre esta disposición, se pregunta: Si no son empleados oficiales ni empleados públicos ni trabajadores oficiales, qué clase de empleados son? Cuál debe ser su forma de vinculación? Quién en la Universidad es competente para fijar su asignación mensual y qué criterios deben tenerse en cuenta para retribuir sus servicios transitorios?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. El Decreto-ley 80 de 1980 organiza el sistema de educación post-secundaria, fijando los principios generales y objetivos de la misma. Distingue entre instituciones de educación superior oficiales y no oficiales (artículo 49) y determina para cada grupo su organización. Dispone que las instituciones públicas de educación superior son establecimientos públicos del orden nacional, departamental o municipal, o unidades administrativas especiales o unidades docentes dependientes del Ministerio de Educación Nacional. Según sea el sector a que pertenezcan estos establecimientos públicos, están adscritos al Ministerio de Educación Nacional, a las gobernaciones o a las Alcaldías (artículo 50).

2. Las instituciones universitarias públicas dictarán sus estatutos generales que deberán ser aprobados por el Gobierno Nacional y que se ceñirán a las normas del Decreto-Ley 80 de 1980 (artículo 59).

El primer planteamiento de la consulta contiene varias preguntas que se contestan en su orden así:

A. Referente a la pregunta acerca de cuál es el escalafón que debe entenderse para fijar la remuneración de los docentes de cátedra de Universidades oficiales, la Sala considera que es el escalafón de la Universidad en la cual se le va a liquidar dicha remuneración, por cuanto, el artículo 107 del Decreto-ley 80 de 1980 prescribe que "para efectos de la promoción de los docentes, cada institución oficial tendrá su propio régimen de escalafón o de carrera, que deberá someterse a las disposiciones del presente capítulo", y porque, además no se ha provisto una carrera docente de educación superior de carácter nacional.

B. Según el artículo 98 del Decreto-Ley 80 de 1980 los docentes de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales y su vinculación a la institución se hará mediante un contrato administrativo de prestación de servicios que deberá celebrarse por períodos académicos.

En cuanto a su remuneración la norma prevee que, los docentes de cátedra, se dividen en dos grupos: los que se encuentran escalafonados y los que no están inscritos en el escalafón; para los primeros la remuneración se determina por su categoría en el escalafón y con base en las horas efectivamente dictadas; para los segundos, la remuneración deberá fijarse una vez realizada su asimilación en el escalafón de la misma universidad, porque de la lectura del Decreto-Ley 80 de 1980 se deduce que la pauta para fijar la remuneración de los docentes son las categorías del escalafón de la Universidad que va a efectuar dicha remuneración, y así cualquiera otra figura que se aplique distinta a la asimilación resultaría extraña a la norma y podría llegar a ser ilegal e injusta. Además, el artículo 110, inciso 2º del decreto en referencia prescribe "En la determinación de la remuneración de los docentes deberá tenerse en cuenta las categorías del escalafón docente".

C. Por otra parte, para la asimilación en referencia deberán tomarse en consideración los factores de ascenso para la asignación de unidades o puntaje, de conformidad con los estatutos de la institución y las demás normas vigentes sobre clasificación y remuneración de docentes universitarios. La liquidación se hará sobre las horas efectivamente dictadas.

D. Las prestaciones sociales de los docentes de cátedra serán las mismas establecidas para los docentes de tiempo completo (artículo 98, inciso 1º), pero proporcionales a las horas efectivamente dictadas, tomando para su liquidación la remuneración que le haya correspondido al docente, según su categoría, durante la vigencia del contrato de prestación de servicios.

4. Respecto del segundo planteamiento de la consulta se contesta:

A. Los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial cuyos servicios sean requeridos transitoriamente en una universidad pública, para un período inferior a un año, son servidores temporales que no tienen, por disposición de la ley, la calidad de empleados oficiales, sino que se consideran de carácter particular como consecuencia de la misma normatividad, a pesar de su dedicación de tiempo completo o de tiempo parcial.

B. La vinculación de los mencionados docentes debe hacerse mediante el contrato administrativo de prestación de servicios, según definición del mismo en el inciso 1º del artículo 163 del decreto-ley 222 de 1983 -Estatuto Contractual-, y la remuneración y pago de sus servicios serán reconocidos por el Rector de la Universidad (artículo 60, literal f, Decreto-Ley 80 de 1980) por resolución, de acuerdo con el tiempo y demás factores convenidos en el contrato.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Estado **ABSUELVE** la consulta planteada por el Señor Ministro de Educación Nacional.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

SINDICATO MINORITARIO/CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO/PLIEGO DE PETICIONES/HUEGA

Si la negociación colectiva de un sindicato no está restringida por razón del número de sus afiliados, ni tiene señalada, por consiguiente, vía de arreglo distinta, corresponde al sindicato, cualquiera que sea su clase, o a los trabajadores no sindicalizados, presentar al patrono el pliego de sus peticiones, por conducto de sus delegados, en número de tres (3), con arreglo del artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo. En la solución de conflicto colectivo promovido por un sindicato minoritario concurre la opción por la huelga o por el arbitramento obligatorio, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 39 de 1985 y el artículo 1° , inciso 1°, del Decreto Reglamentario 477 de 1986. De consiguiente, si el sindicato minoritario efectuare la declaratoria de huelga, esta decisión obligaría solo a los afiliados a dicho sindicato que es el comprometido en el conflicto. Declarada la huelga la cesación colectiva del trabajo no implica el deber inmediato de abandonar el lugar de trabajo. El alcance del artículo 33 del Decreto Ley 2351 de 1965, que subrogó el artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, permite inferir que la garantía del derecho de huelga, respecto de quienes lo están ejerciendo, no resulta incompatible con su ingreso al lugar de trabajo, salvo que intente de aprovechar para promover desórdenes o cometer alguna infracción. La negativa de los huelguistas para autorizar el trabajo del personal de servicios necesarios, determina que el patrono, mientras dura la huelga, pueda celebrar nuevos contratos de trabajo, hacer sustituciones, "para la reanudación de servicios suspendidos en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector del trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos", como claramente lo prescribe el artículo 449 del Código Sustantivo del Trabajo. Autorizada su publicación el 26 de agosto de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas.

Radicación Nº 216.

Referencia: Consulta. Conflictos colectivos de trabajo -Sindicatos Minoritarios-, aplicación de la ley 39 de 1985 y su Decreto Reglamentario 477 de 1986.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, doctor Juan Martín Caicedo Ferrer, solicita a la Sala la ampliación del concepto radicado con el número 180, del 9 de Marzo de 1988, previas las consideraciones siguientes:

VIGENCIA DE LA LEY 49 DE 1986

Señala el concepto de marzo 9 próximo pasado que "....la aplicación autónoma del artículo 9º, de la Ley 39 de 1985, desplazaría la del numeral 2º, del artículo 3º, de la Ley 48 de 1968, en cuanto las disposiciones de la Ley 39 comprenden la totalidad del régimen de contratación colectiva hasta la iniciación de la huelga, o la convocatoria de un tribunal de arbitramento como lo señalo el ponente para segundo debate en el Senado, según consta en la Historia de las Leyes de la legislatura de 1985, Tomo II, página 40, contenido el nuevo articulado...."

Efectivamente el trámite legislativo de la iniciativa que posteriormente vino a convertirse en la Ley 39 de 1985, indica que con el nuevo articulado se regula todo el régimen de contratación colectiva.

Sin embargo, la Sala de Contencioso Administrativo de esa Honorable Corporación considera vigente aún el numeral 2º, del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, y así lo manifiesta en providencia del 22 de octubre de 1986, expediente 1979, que suspende provisionalmente el inciso segundo del artículo 1º, del Decreto 477 de 1986, Reglamentario de la Ley 39 de 1985, al decir:

"....Esta facultad otorgada por la norma acusada al sindicato o sindicatos que no reúnan la mayoría absoluta de los trabajadores permanentes de las empresas o establecimientos respectivos, contraría en forma manifiesta u ostensible, tanto la disposición legal que reglamenta **como el numeral 2º, del artículo 3º, de la Ley 48 de 1968, las cuales facultan con exclusividad al sindicato o sindicatos en que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defectos de éstos, a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, para tomar la decisión de declarar la huelga o de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para los fines previstos en tales preceptos**...."(subrayado fuera del texto).

En el mismo sentido se pronuncia dentro del expediente Nº 1618 en providencia del 17 de marzo de 1987.

LEY 39 DE 1985 Y DECRETO REGLAMENTARIO 477 DE 1986.

Precisa la Sala de Consulta y Servicio Civil:

"El conflicto colectivo planteado por sindicato minoritario no puede tener solución mediante la aplicación del numeral 2º, del artículo 3º, de la Ley 48 de 1968, porque esta ley quedo derogada por la Ley 39 de 1985".

"De acuerdo con la ley 39 de 1985 y para efectos de la negociación colectiva se entiende por "trabajadores directamente comprometidos en el conflicto", los que lo hayan planteado" y expresen su interés en solucionarlo mediante los medios que la misma ley les otorga en su artículo 9º.

"Trabajadores que hayan planteado el conflicto, sean o no sindicalizados son los que deben integrar la asamblea que por mayoría absoluta opta por decidir la huelga o solucionar el arbitramento".

"En el caso materia de esta consulta se entenderá por mayoría absoluta la que se constituye con la concurrencia a la asamblea de la mitad más uno de los trabajadores sindicalizados o no y las decisiones que la asamblea tome deberán adoptarse por la mitad más uno de los votos de los asistentes a dicha asamblea".

Con fundamento en las anteriores respuestas y analizada la normatividad vigente, surgen interrogantes que a continuación se plantean:

1. El artículo 432 del C.S.T., dispone:

"Delegados. 1. Siempre que se presente un conflicto colectivo que puede dar por resultado la suspensión de un trabajo, o que deba ser solucionado mediante el arbitramento obligatorio, el respectivo sindicato o los trabajadores nombraran una comisión de tres (3) de entre ellos para que presente al patrono, o a quien lo represente, el pliego de peticiones que formulan...".

¿Permite esta disposición concluir que los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto, quienes lo hayan planteado, son los que presentan al patrono un pliego de peticiones sin distinguir: la clase de sindicato, mayoritario, minoritario o los trabajadores directamente?

2. Negociación colectiva de un sindicato minoritario. Sin duda permite el Código Sustantivo del Trabajo la negociación colectiva de un sindicato minoritario. La disposición legal citada no distingue entre los minoritarios, y de otro parte el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965 ordena: "1. Cuando el sindicato sólo agrupe la tercera parte o menos del total de trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato".

Sin embargo, al tenor del anterior artículo 444 del C.S.T., subrogado por el 9°, de la Ley 39 de 1985, y el numeral 2°, del artículo 3°, de la Ley 48 de 1968, la facultad de declarar la huelga o convocar tribunal de arbitramento sólo se otorgaba a la mayoría de los trabajadores de la empresa, o al sindicato o sindicatos a que estuvieren afiliados más de la mitad de los trabajadores.

Las normas indicaban:

"Artículo 444. Modificado. Decreto 2351 de 1965, artículo 31....

2. La huelga o la solicitud del arbitramento serán decididas en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o por la asamblea general del sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores....".

"Ley 48 de 1968, artículo 3°, :... 2. En cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos, los trabajadores, en asamblea general, podrá solicitar que las referencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes.... sean sometidas al fallo de un tribunal de arbitramento constituido en la forma que se determina adelante...".

Derogadas estas disposiciones por la Ley 39 de 1985, podría afirmarse entonces, que el conflicto colectivo promovido por un sindicato minoritario tiene solución a través de la declaratoria de la huelga o de la convocatoria de un tribunal de arbitramento?

Obligaría a la totalidad de los trabajadores de una empresa la declaratoria de huelga que efectuara un sindicato minoritario?

3. Del texto del artículo 445 del C.S.T., se suprimió la fase que ordenaba que los trabajadores debían abandonar el lugar de trabajo.

Entonces, declarada la huelga pueden continuar los trabajadores en sus sitios de trabajo, o, como la huelga suspende los contratos de trabajo debe concluirse que no teniendo que prestar el servicio, los huelguistas deben abandonar las instalaciones?

4. Consagra el artículo 448 del estatuto laboral; "...2. Mientras la mayoría de los trabajadores de la empresa persista en la huelga, las autoridades garantizarán el ejercicio de este derecho y no autorizarán ni patrocinarán el ingreso al trabajo de los grupos minoritarios de trabajadores, aunque éstos manifiesten el deseo de hacerlo...".

Permitiría deducirse que si un sindicato minoritario declara la huelga, sólo obligaría dejar de trabajar a quienes integran la asamblea del mismo; pero, que las mayorías puedan continuar dentro de las instalaciones laborando?

5. Todo lo anterior podría suponer el enfrentamiento de dos derechos constitucionales y legalmente tutelados:

El derecho de huelga (art.18 C.N) y el derecho al trabajo (art.17 C.N).

Lo anterior por cuanto una minoría que declare la huelga podría limitar el derecho a trabajar de una mayoría.

Pero aún cuando la mayoría que no vota la huelga pueda continuar laborando, que sucede si los huelguistas son esenciales para el funcionamiento de la empresa?

6. ¿Cómo se interpretaría el mandato contenido en el artículo 449 del C.S.T , que dispone:

> "La huelga sólo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que duren. El patrono no puede celebrar entre tanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios suspendidos, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector del trabajo para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de esa dependencia".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. El artículo 3º, numeral 2º de la ley 48 de 1968 es del siguiente tenor:

"En cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos los trabajadores, en asamblea general, podrán solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, contenida en el pliego de peticiones de los trabajadores como proyecto de convención colectiva de trabajo, sean sometidas al fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio constituido en la forma que se determina más adelante.

"El Ministro de Trabajo de oficio, o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de éstos, de los trabajadores en Asamblea General, someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desean o no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro del término máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido, y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes el tribunal de arbitramiento obligatorio llamado a proferir dicho fallo".

2. A su vez, el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 "Por la cual se modifican los términos para el proceso de negociación colectiva del trabajo", preceptúa respecto del Capítulo de la Declaratoria y Desarrollo de la huelga, decisión de los trabajadores, que el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

> "Concluido el término legal señalado para la etapa de mediación sin que se hubiere logrado acuerdo total, se realizará una Asamblea General de los traba-

jadores directamente comprometidos en el conflicto que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un tribunal de arbitramento".

"La huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la Asamblea".

"Antes de celebrar la Asamblea se dará aviso a las autoridades del trabajo para que puedan presenciar y comprobar su desarrollo. Este aviso deberá darse con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles".

3. Por su parte, el Decreto 447 de 1986, reglamentario de la Ley 39 de 1985, en el artículo 1º, inciso 1º, dice:

"Concluida la etapa de mediación, sin que las partes hubieren logrado acuerdo total sobre los puntos materia del diferendo, se realizará una Asamblea General de trabajadores afiliados a la entidad sindical a través de la cual se hubiere promovido el conflicto, o de los trabajadores no organizados si fueren éstos quienes lo plantean, a través de la presentación y trámite legal del respectivo pliego de peticiones, asamblea que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la solicitud al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio".

4. Entre la interpretación que, por aplicación de la Ley 48 de 1968, conduce a desconocer la posibilidad del sindicato minoritario de declarar la huelga o solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramiento, y la que, por aplicación de la Ley 39 de 1985, se reconoce tal posibilidad, esta sala se atuvo a la segunda y, en consecuencia motivó su concepto del 9 de marzo del año en curso, Radicación Nº 180, Consejero Ponente doctor Jaime Paredes Tamayo.

La referencia indiscriminada del artículo 9º de la Ley 39 de 1985 a los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto y la del Decreto Reglamentario 477 de 1986, artículo 1º, inciso 1o, a trabajadores afiliados a la entidad sindical a través de la cual se hubiere promovido, o los trabajadores no organizados, si fueren éstos quienes lo plantean, permitió precisar que eran unos u otros los llamados a integrar la Asamblea que decide la huelga o a la solicitud de Tribunal de Arbitramento.

Resultan así identificados **los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto** como los que deben integrar la asamblea que lo decida, con sujeción a la aplicación del principio de las mayorías, dentro del ámbito propio de su formación.

Si la Ley 39 de 1985 se refiere a la asamblea como ámbito propio de conformación de las mayorías como requisito de su decisión mal puede remitirse tal conformación al ámbito de la empresa, ni condicionarse decisión alguna por mayoría distinta de la impuesta entre los promotores del conflicto, porque la regulación establecida no ofrece alternativas, ni desconoce como posible promotor del conflicto al sindicato minoritario, ni señala por razón de su clase, vías diversas.

5. Comparando así el espíritu y la letra expuestos de la Ley 39 de 1985, con el artículo 3º, numeral 2º, de la Ley 48 de 1968 que concede la facultad de declarar la huelga o de solicitar convocatoria del Tribunal de Arbitramiento a la mayoría de los trabajadores de la empresa o al sindicato o sindicatos con más de la mitad de los trabajadores afiliados, bien puede concluirse que esta norma fue derogada en forma tácita y sustituida por la nueva ley referida. Es que ocurrió un cambio legislativo en el tratamiento de la contratación laboral colectiva, en la que importan no sólo las mayorías sino también las minorías con sus consecuencias importantes, lo cual varió el sistema tradicional.

No es pues según la nueva legislación el sindicato mayoritario el exclusivo titular para presentar pliego de peticiones, sino también el sindicato minoritario y los no sindicalizados, y en cuanto a la facultad para declarar la huelga los tres son **titulares en potencia** para hacerlo, con la precisión de que el **titular real** para declararla es el primero que haya presentado el pliego de peticiones y haya impulsado el proceso para buscar la Convención Colectiva.

Cabe también precisarse que cuando el sindicato mayoritario declara la huelga ésta produce **efectos generales**, en tanto que si la declaración la hace el sindicato minoritario o los trabajadores no sindicalizados, sus efectos son restringidos, con incidencia sólo para ellos. Es que la minoría no compromete a la mayoría porque ello requiere **una ley expresa** que lo disponga, así como para la extensión de los efectos de la Convención Colectiva existe norma legal que explícitamente hace la previsión.

Es de anotarse que el trámite del proyecto de la hoy Ley 39 de 1985 en la Cámara de Representantes y el Senado de la República pueden deducirse distintas interpretaciones con efectos diferentes. Pero si la voluntad del legislador está insuficiente, oscura o contradictoriamente expresada, él es el llamado a suprimirla, aclararla y sobre todo, ajustarla a la integridad de un régimen cuyas disposiciones requieren aplicación armónica

6. Con fundamento en las anteriores consideraciones, y en la legislación vigente, la Sala contesta en el orden preguntado en la consulta:

1. Si la negociación colectiva de un sindicato no está restringida por razón del número de sus afiliados, ni tiene señalada, por consiguiente, vía de arreglo distinta, corresponde al sindicato, cualquiera sea su clase, o a los trabajadores no sindicalizados, presentar al patrono el pliego de sus peticiones, por conducto de sus delegados en número de tres (3), con arreglo del artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. En la solución del conflicto colectivo promovido por un sindicato minoritario concurre la opción por la huelga o por el arbitramiento obligatorio, de conformidad con el artículo 9º. de la Ley 39 de 1985 y el artículo 1º, inciso 1º, del DecretoReglamentario 477 de 1986.

De consiguiente, si el sindicato minoritario efectuare la declaratoria de huelga, esta decisión obligaría sólo a los afiliados a dicho sindicato que es el comprometido en el conflicto.

3. Declarada la huelga la cesación colectiva del trabajo no implica el deber inmediato de abandonar el lugar de trabajo. Al respecto el artículo 10 de la Ley 39 de 1985 dispuso que el artículo 445 del Código Sustantivo del trabajo quedará así:

"La cesación colectiva del trabajo, cuando los trabajadores optaren por la huelga, sólo podrá efectuarse transcurridos cinco (5) días de la declaración de ésta y no más de treinta (30) días después.

"Dentro del término señalado en este artículo las partes, si así lo acordaren, podrán adelantar negociaciones directamente o con la intervención del Ministerio del Trabajo, pudiendo laborar incluso los días domingo y feriados".

Este artículo, además, suprimió del artículo 445 la frase "los trabajadores deberán abandonar el lugar de trabajo". Por tanto, pueden permanecer los huelguistas en el lugar de trabajo.

4. El alcance del artículo 33 del Decreto Ley 2351 de 1965 que subrogó al artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, permite inferir que la garantía del derecho de huelga, respecto de quienes lo están ejerciendo, no resulta incompatible con su ingreso al lugar de trabajo, salvo que se intente de aprovechar para promover desórdenes o cometer alguna infracción.

5. Ya se expresó en la respuesta segunda que la declaratoria de huelga que un sindicato minoritario efectuare sólo obligaría a los afiliados a dicho sindicato que es el comprometido en el conflicto. Pero los huelguistas pueden autorizar la continuación del trabajo del personal considerado necesario para el funcionamiento de algunas dependencias de la empresa. Sin embargo, si los huelguistas no conceden la autorización, el patrono puede celebrar nuevos contratos de trabajo para esos servicios indispensables, de conformidad con el artículo 449 del Código Sustantivo del Trabajo.

6. La respuesta de esta pregunta tiene relación con la anterior. **La negativa de los huelguistas** para autorizar el trabajo del personal de servicios necesarios, determina que el patrono, mientras dura la huelga, **pueda celebrar nuevos contratos de trabajo**, hacer sustituciones, "para la reanudación de los servicios suspendidos en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector del trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos", como claramente lo prescribe el artículo 449 del Código Sustantivo del Trabajo.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ABSUELVE, la petición de ampliación del concepto radicado con el Nº 180, solicitada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

BANDA NACIONAL-Régimen Aplicable / EMPLEADO OFICIAL

La banda se considera como una organización de carácter docente en la rama de la instrucción pública, así su estructura y modalidades no sean propiamente las correspondientes a un plantel educativo. Pero es indudable que el legislador ha querido expresar su voluntad en el sentido de que los músicos que la integran tengan el tratamiento otorgado a los docentes, con el fin de que puedan disfrutar de los mismos derechos especiales que la ley establece. La Banda Nacional es una especie de escuela abierta en el campo de la interpretación musical y por eso, desde el año de 1913, sus músicos han tenido la denominación legal de profesores. De donde puede inferirse que el personal de músicos tiene también la calificación jurídica de empleados oficiales de régimen especial, por cuanto son leyes así mismo especiales las que en el transcurso de varias décadas ha expedido para ellos el legislador, ordinario o extraordinario. Son estas leyes las que se deben aplicar a dicho personal, de preferencia, y en subsidio las contempladas en el Estatuto Docente o en otras disposiciones relacionadas con el régimen jurídico de los educadores.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil
Consejero Ponente: Dr. Javier Henao Hidrón.

Bogotá, D.E., quince (15) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Referencia : Consulta sobre la aplicación del estatuto docente a la Banda Nacional. Radicación No. 245.

El señor Ministro de Educación Nacional, doctor Manuel Francisco Becerra Barney, formula a la Sala la consulta que está concebida en los siguientes términos textuales:

En ejercicio del derecho que a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República le confiere el artículo 98 numeral 2o. del Código Contencioso Administrativo, con todo respeto, formulo a ustedes la siguiente consulta, previas las consideraciones que a continuación se expresan:

1. La ley 67 de diciembre 31 de 1964 en el artículo 4 dispone : " La Banda Nacional de Músicos de Bogotá se considerará como una organización de carácter docente en el ramo de la instrucción pública.- En consecuencia, todas las personas que componen ese conjunto musical, tendrán el carácter de profesores, para todos los efectos legales y fiscales".

2. Con posterioridad a esta ley, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 8a. de 1979, expidió el Decreto Ley No 2277 de septiembre 14 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente. Este decreto en los artículos 1 y 2 preceptúa:

" ARTICULO 1º--DEFINICION.- El presente decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales".

" ARTICULO 2º--PROFESION DOCENTE.- Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.

" Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto.- igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizada por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo".-

Como estas dos normas están vigentes, es nuestro deseo que sea el honorable Concejo de Estado, corporación de renombrada autoridad, quien conceptué sobre lo siguiente :

a) No obstante lo dispuesto en los artículos : 1,2,3 y 5 del Decreto Ley 2277 de 1979 y el Decreto 1498 de mayo 9 de 1986 la Banda Nacional de Músicos de Bogotá se debe considerar como una organización de carácter docente en el ramo de la instrucción pública?

b) Todas las personas que componen ese conjunto musical, tienen carácter docente?

c) Teniendo en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto No. 3154 de diciembre 26 de 1968, la Banda Nacional de Bogotá forma parte del Instituto Colombiano de Cultura, establecimiento público de carácter administrativo y no docente, en qué términos debe COLCULTURA dar aplicación al artículo 4 de la ley 67 de 1964, transcrito y cuáles son los efectos legales y fiscales a los que se refiere la citada ley?

SE CONSIDERA

Siguiendo el rastro histórico a la Banda Nacional, la Sala encuentra que fue organizada por medio del decreto No 272 de 1913, año desde el cual quedó adscrita al Ministerio de Instrucción Pública (hoy de Educación Nacional). Este vínculo tuvo una variación en 1968, cuando el decreto 3154, dictado en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 65 de 1967, creó el Instituto Colombiano de Cultura (COLCULTURA). Dicha norma dispuso, en efecto, que formarían parte del Instituto, entre otras dependencias del Ministerio de Educación, la " Banda Nacional de Bogotá ".

Desde sus orígenes, la ley clasificó a los miembros de la Banda Nacional en diferentes clases y dio, a algunos de ellos, la denominación de profesores.

Normas posteriores, tales como las leyes 6a de 1935, 134 de 1936, 29 de 1939, 43 de 1946 y 67 de 1964, y los decretos 320 de 1949, 2285 de 1955 y 832 de 1961, reorganizaron la Banda Nacional y fijaron asignaciones a sus integrantes, pero mantuvieron para los músicos la calidad de profesores.

De las disposiciones mencionadas conviene destacar, en primer término, el decreto 2285 de 1955, que en su artículo 2o. calificó a la "Banda Nacional de Músicos de Bogotá" como una organización de carácter docente en el ramo de la instrucción pública, reiterando que las personas que componen dicho conjunto musical tienen el carácter de profesores "para todos los efectos legales y fiscales", y haciendo a continuación una excepción al régimen ordinario, al establecer que sus componentes podrán disfrutar simultáneamente de la pensión de jubilación y del sueldo que estén devengando dentro de la Institución, o como profesores en cualquiera otro establecimiento público docente.

Las anteriores prescripciones fueron retomadas por el art. 4o. de la ley 67 de 1964, en los términos siguientes:

> La Banda Nacional de Músicos de Bogotá se considerará como una organización de carácter docente en el ramo de la instrucción pública.
>
> En consecuencia, todas las personas que componen ese conjunto musical, tendrán el carácter de profesores, para todos los efectos legales y fiscales.

> Parágrafo.- Los miembros de la Banda Nacional, que gocen de pensiones de jubilación a cargo del Estado, tendrán el derecho a percibir además de dicha pensión, la totalidad del sueldo que les corresponda de conformidad con el art. 1o. de la presente ley, como profesores en cualquiera otro establecimiento público.

Se destaca, en segundo lugar, el decreto 832 de 1961, que en su artículo 7o. determinó que "los miembros de la Banda Nacional estarán sometidos a las normas generales establecidas o que establezca el Departamento Administrativo del Servicio Civil, y a las especiales consignadas en el decreto No. 2285 de 1955 y en el artículo 5o. de la ley 29 de 1939".

Por lo demás el artículo 1o. de la ley 67 de 1964, al determinar el personal de la Banda Nacional y la remuneración de los mismos, estableció una especie de clasificación de sus miembros así:

a. Director
b. Músico mayor
c. Profesores solistas
d. Profesores de primera clase
e. profesores de segunda clase
f. Secretario auxiliar
g. Chofer atrilero
h. Ayudante de chofer atrilero.

Ya en 1979 y en virtud de las facultades otorgadas al Gobierno por la ley 8a. de dicho año, se dictó el decreto número 2277, conocido con el nombre de " Estatuto Docente".

El campo de aplicación del Estatuto Docente está determinado en su artículo 1o., que lo circunscribe al régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales.

Y por profesión docente, el Estatuto endiente:

> El ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles. Igualmente incluye a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

Para los efectos de clasificación de los educadores -que así se denominan genéricamente las personas que ejercen la profesión docente-, el Estatuto establece el

Escalafón Nacional Docente, constituido por catorce grados, del 1 al 14, y que comprende desde el bachiller pedagógico hasta el Licenciado en Ciencias de la Educación con título de post-grado en educación reconocido por el Ministerio de Educación Nacional o autoría de una obra de carácter científico, pedagógico o técnico (Capítulo III).

La inscripción en dicho Escalafón habilita al educador para ejercer los cargos de la Carrera Docente.

De ahí que el decreto 1498 de 1986, por el cual se dictan normas sobre nombramientos y traslados del personal docente nacional y nacionalizado del sector educativo nacional, determine la obligación de la entidad nominadora de convocar a concurso a los educadores escalafonados o con título docente, con el objeto de proveer las vacantes que se presenten en los cargos docentes y directivos docentes.

Conviene señalar por último, que los educadores (aquellos que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal), reciben la calificación jurídica de empleados oficiales de régimen especial y, por tanto, están vinculados a la administración por las normas del Estatuto Docente.

SE RESPONDE

1. La Banda Nacional (o Banda Nacional de Músicos de Bogotá) es desde 1968, cuando entró en vigencia el decreto-ley 3154 de dicho año, una dependencia del Instituto Colombiano de Cultura (COLCULTURA) integrada a su organización administrativa.

Por disposición reiterada de la ley, la banda se considera como una organización de carácter docente en el ramo de la instrucción pública, así su estructura y modalidades no sean propiamente las correspondientes a un plantel educativo. Pero es indudable que el legislador ha querido expresar su voluntad en el sentido de que los músicos que la integran tengan el tratamiento otorgado a los docentes, con el fin de que puedan disfrutar de los mismos derechos especiales que la ley establece para estos últimos.

La Banda Nacional es una especie de escuela abierta en el campo de la interpretación musical y por eso, desde el año de 1913, sus músicos han tenido la denominación legal de profesores. De donde puede inferirse que el personal de músicos tiene también la calificación jurídica de empleados oficiales de régimen especial, por cuanto son leyes así mismo especiales las que en el transcurso de varias décadas ha expedido para ellos el legislador, ordinario o extraordinario. Son estas leyes las que se deben aplicar a dicho personal, de preferencia, y en subsidio las contempladas en el Estatuto Docente o en otras disposiciones relacionadas con el régimen jurídico de los educadores.

En cuanto a la inscripción en el escalafón, debe tenerse en consideración que los músicos de la banda nacional tienen previstas unas categorías en la ley 67 de 1964, a las que pertenecen y dentro de las cuales pueden ascender. Corresponde la reglamentación del concurso para el ingreso a dicha carrera, al Departamento Administrativo del Servicio Civil, por mandato del art. 7o. del decreto 832 de 1961.

Respecto del personal de empleados de carácter administrativo de la Banda Nacional (en la ley 67 de 1964 son el secretario auxiliar, el chofer atrilero y el ayudante), éstos se encuentran sometidos a las normas previstas para los empleados públicos del orden nacional y, según las circunstancias a la carrera administrativa.

2. Es entendido que no todas las personas que integran el conjunto musical denominado Banda Nacional tienen carácter docente. este calificativo debe aplicarse al personal de músicos mencionado en los literales a., b., c., d. y e. del artículo 1o. de la ley 67 de 1964 o sea al director, el músico mayor, los profesores solistas, los profesores de primera clase y los profesores de segunda clase.

3. El Instituto Colombiano de Cultura debe dar al personal de músicos de la Banda Nacional el tratamiento previsto en las disposiciones especiales relacionadas con este conjunto musical y en el decreto 2277 de 1979, en cuanto regula un régimen especial para los docentes de educación primaria y secundaria.

Ello por cuanto el legislador quiso que los músicos de la Banda disfrutaran de las prerrogativas reconocidas a los docentes. Tales son, por ejemplo, los aspectos relacionados con estabilidad, ascenso, permanencia y vacaciones especiales (en lo pertinente arts. 11, 28, 31 y 67 del decreto 2277 de 1979 y art. 8o. del decreto 174 de 1982), la compatibilidad en la percepción de pensión y sueldo por servicios docentes (parágrafo del artículo 4o. de la ley 67 de 1964 y art. 1o del decreto 606 de 1969), y la compatibilidad en las asignaciones que provengan del desempeño de varios empleos de carácter docente en establecimientos educativos oficiales, con la condición de que no sean empleos de tiempo completo (decreto 1042 de 1978, artículo 32 literal a.).

Respecto de la expresión "efectos legales y fiscales" que emplea el artículo 4o. de la ley 67 de 1964, la misma se refiere, en su orden a la aplicación a los profesores de la Banda Nacional de las regulaciones de orden legal previstas para el ejercicio de la profesión docente; y al tratamiento que las leyes tributarias señalen para los docentes, observándose que en esta ultima materia la reforma tributaria contenida en la ley 75 de 1986, no establece excepciones o régimen preferencial a favor de los docentes.

Transcríbase al señor Ministro de Educación Nacional por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, artículo 112).

Humberto Mora Oaejo, Presidente de la Sala, Ausente con excusa; *Jaime Betancour Cuartas; Javier Henao Hidron; Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SERVICIO NACIONAL DE SALUD / PLANTA DE PERSONAL-Clasificación / EMPLEADO PUBLICO / TRABAJADOR OFICIAL/JUNTA DIRECTIVA-Facultades/CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

El artículo 26 de la Ley 10ª de 1990 clasifica el personal al servicio de las entidades oficiales vinculadas al sector salud . Esta clasificación comprende empleados de carrera y de libre nombramiento y remoción, como también trabajadores oficiales. Los trabajadores oficiales son las personas que desempeñan cargos no directivos, para el mantenimiento de la planta física hospitalaria y para prestar servicios generales, en las entidades oficiales encargadas de los servicios de salud. El decreto 1335 de 1990 reglamentó el artículo 27, inciso 3º de la ley 10ª de 1990 y definió la naturaleza y las funciones de los cargos en las entidades oficiales para prestar los servicios oficiales. La clasificación del personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales está prescrita por el artículo 26, parágrafo, de la misma ley. En consecuencia la definición y clasificación de las funciones en los servicios de salud y la clasificación del personal son dos tareas diferentes, provenientes de distintas disposiciones de la ley 10ª de 1990. Según el inciso final del parágrafo del artículo 26 de la citada ley, las juntas directivas de los establecimientos públicos deben clasificar su personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales, teniendo en cuenta los criterios que al efecto determina la primera parte de la misma disposición. Los estatutos en los cuales se debe efectuar la clasificación del personal son los que expiden las juntas directivas de dichas entidades, aprobados, según el caso, por el gobierno nacional, departamental o municipal. La Constitución regula la función pública. En los casos no determinados por la misma Carta, defiere a la ley prescribir el régimen del personal de los empleados de carrera , de periodo y de libre nombramiento y remoción , como también el de los trabajadores oficiales. La clasificación del personal , entre empleados públicos y trabajadores oficiales, debe realizarse con

fundamento en la ley que determine la manera de efectuarla. Las "instituciones" , a que se refiere el parágrafo del artículo 26 de la ley 10ª de 1990, son las entidades oficiales que prestan los servicios de salud, a las cuales alude el inciso 1º de la misma disposición, es decir, el Ministerio de Salud, las entidades territoriales y los establecimientos públicos de todos los niveles. Los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo. Sin embargo, si algunos empleados gozan de los beneficios pactados en una convención colectiva de trabajo vigente, ellos subsisten y deben hacerse efectivos mientras rija la convención.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Consejero Ponente: Dr. *Humberto Mora Osejo.*

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).
Referencia: Consulta sobre la clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud. Radicación Nº 532

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

"Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos se pregunta :

1. Cuál es la disposición legal vigente en materia de clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud: el Dec. 2127 de 1.945, el Decreto 1042 de 1.978 ó la ley 10ª de 1.990 ?

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 10/90, es posible predicar que tanto en este Ministerio y en las demás entidades de dirección u organización del sector salud como en las prestadoras de servicios, coexisten empleados públicos y trabajadores oficiales ó esta clasificación únicamente puede aplicarse para los organismos prestadores de servicios aunque el comienzo del artículo exprese que es "...para la organización y prestación de los servicios de salud..."?

3. Conforme al parágrafo del artículo 26 de la ley 10/90 sólo son trabajadores oficiales quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, en las mismas instituciones ? ó lo son por otros grupos clasificatorios, y en dado caso cuáles, y con base en cuál disposición?

4. Estando expresamente señalados en el Decreto 1335 de 1.990 los empleos que corresponden a los grupos de mantenimiento hospitalario y de servicios generales, puede en aplicación de lo dispuesto por el art. 26 de la ley 10/90 entenderse que existen otros empleos no pertenecientes a estos grupos sobre los cuales pueda predicarse su condición de trabajadores oficiales ?

5. La segunda parte del parágrafo del art. 26 de la Ley 10/90 significa que los establecimientos públicos precisarán exclusivamente las actividades que pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, o sea por trabajadores oficiales, dentro de los grupos de ley; o pueden clasificar, y además sin sujeción a los grupos establecidos en la Ley (mantenimiento, y servicios generales) ?

6. Al consagrase en el inc. final del art. 26 de la ley 10/90 que los establecimientos públicos precisarán en sus respectivos estatutos qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, qué debe entenderse por precisar ? y a qué clase o tipo de estatutos se refiere la disposición ?

7. Con fundamento en la Constitución Nal. y en las leyes, quién o quiénes tiene(n) facultades de carácter clasificatorio ?

8. Cuando el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10/90 establece que son trabajadores oficiales, quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones : la expresión " ... en las mismas instituciones." Se refiere a las hospitalarias, ó a las mismas instituciones relacionadas en el comienzo del artículo del que forma parte el parágrafo (Nación, entidades territoriales, descentralizadas)?.

9. En el evento de que existan servidores que correspondan a la categoría de empleados públicos de acuerdo con la clasificación que hizo la ley 10/90, y que estuvieren gozando de beneficios pactados en convenciones, en razón a que equivocadamente fueron considerados trabajadores oficiales, cuál sería su situación legal frente a estos beneficios, considerando que existen disposiciones que prohiben el desmejoramiento salarial y prestacional, y la aplicación de convenciones colectivas a empleados públicos. ?

En los anteriores términos dejó expuestas a la Sala las inquietudes , que seguramente solucionarán con las luces jurídicas de los Honorables Consejeros de Estado".

La Sala considera:

1º la ley 10 de 1990, " por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud y se dictan otras disposiciones", en el Capítulo IV regula todo lo relativo al estatuto del personal. El artículo 26 ibídem dispone que "en la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera".

El inciso 2º determina los empleos de libre nombramiento y remoción y el 3º dispone que todos los demás "son de carrera" y que los que pertenecen a ella "podrán ser designados en comisión en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa".

El parágrafo de la misma disposición agrega que "son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en la mismas instituciones", y que " los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo".

Como el artículo 26 de la ley 10ª de 1.990 atañe especificamente al personal vinculado a los servicios de salud, es norma especial que prevalece sobre los estatutos generales relativos al personal. De manera que la clasificación del personal que establece es la vigente para los servicios de salud existente en todos los niveles oficiales.

2. El parágrafo transcrito del artículo 26 de la ley 10ª de 1.990 determina los trabajadores oficiales en los servicios de salud en forma diferente de la prescrita por el artículo 5º del Decreto-Ley 3135 de 1968; pues, dispone que tienen ese carácter " quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones".

Las "instituciones" a que se refiere la disposición, como es apenas obvio, son todas las reguladas por el artículo 26 de la mencionada ley, es decir, las que están encargadas de los servicios de salud en los niveles nacional, departamental y municipal, incluido el Ministerio de salud.

3. El inciso 2º del indicado parágrafo también dispone que " los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo". La disposición se refiere a los establecimientos públicos nacionales, departamentales y municipales que presten los servicios de salud con el objeto de determinar las personas que tienen el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, tomando en consideración el criterio específico que para la clasificación del personal prescribe el inciso 1º de la misma disposición.

De manera que, según el parágrafo del artículo 26 de la ley 10ª de 1990, los establecimientos públicos de todos los niveles deben clasificar el personal entre empleados y trabajadores oficiales según los criterios que la misma disposición prescribe. Así mismo el Ministerio de Salud debe realizar la misma clasificación para los empleados de nivel central.

4. El parágrafo transcrito del artículo 26 de la ley 10ª de 1990 señala los criterios para clasificar los empleados públicos y los trabajadores oficiales de los servicios de salud; en consecuencia, esta es la única clasificación que contempla la ley.

5. El Decreto 1335 de 1990, " por el cual se expide parcialmente el manual general del subsector oficial del sector salud", define la naturaleza y las funciones de los diferentes cargos y actividades del mismo sector. Por consiguiente, no es incompatible u opuesto a la clasificación que se haga del personal con fundamento en el artículo 26, parágrafo, de la ley 10ª de 1990 entre empleados públicos y trabajadores

oficiales. El primero efectúa la clasificación y definición de las actividades de los organismos oficiales que prestan los servicios de salud y el segundo permite clasificar al personal. De manera que nada obsta para que, estando vigente el Decreto 1335 de 1990, se clasifique el personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales; pues, mientras que el Decreto 1335 de 1990 reglamenta el artículo 27, inciso 3º, de la ley 10ª de 1990, la mencionada clasificación del personal se fundamenta en el parágrafo del artículo 26 de la ley 10ª de 1990.

6. El inciso final del mismo parágrafo dispone que los establecimientos públicos de todos los niveles "precisarán en sus respectivos estatutos qué actividades podrán se desempeñadas mediante contrato de trabajo". La disposición significa que la junta directiva de cada una de esas entidades debe efectuar la clasificación de su personal, teniendo en cuenta los criterios prescritos por la primera parte del mismo, es decir, que son trabajadores oficiales quienes desempeñan cargos no directivos para el " mantenimiento de la planta física hospitalaria" y los "servicios generales" en las entidades dedicadas al servicio de salud.

El verbo "precisar" significa "fijar o determinar de modo preciso" y, en el caso que ocupa la atención de la Sala, señalar claramente las personas que tienen el carácter de empleados públicos y las que se clasifican como trabajadores oficiales.

7. Las juntas directivas de los establecimientos públicos, según el artículo 5º del Decreto -ley 3135 de 1968, deben determinar, por regla general, en los correspondientes estatutos quienes son empleados oficiales y quienes trabajadores oficiales. Pero, en este caso especial, relativo al personal que presta el servicio de salud, según el inciso final del parágrafo del artículo 26 de la ley 10ª de 1990, las juntas directivas de los mismos deben efectuar la clasificación del personal en los respectivos estatutos, tomando en consideración los criterios que al efecto señala la primera parte del mismo parágrafo.

8. La Constitución regula el régimen de los servidores públicos y difiere a la ley determinar, en los casos en que ella misma no lo prescribe, quienes son empleados públicos de carrera, de periodo y de libre nombramiento y remoción. Además contempla que puede haber trabajadores conforme a las reglas que determine la ley.

En este orden de ideas, el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968 regula, con carácter general, el régimen de clasificación del personal de la administración nacional entre empleados públicos y trabajadores oficiales; las leyes 3ª y 11 de 1986, que están comprendidas respectivamente en los Decretos-leyes 1222 y 1333 de 1986, prescriben el mismo régimen de clasificación en los departamentos y municipios y el artículo 26, parágrafo, de la ley 10ª de 1990 la manera de hacer la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales en los servicios de salud de todos los niveles. La clasificación se hace, en todos los casos, tomando en consideración los criterios que al efecto prescribe la ley.

9. Sólo los trabajadores oficiales pueden suscribir convenciones colectivas de trabajo. Los empleados públicos no están facultados para celebrarlas y deben limitarse a hacer peticiones respetuosas a las autoridades.

Sin embargo, si algunos empleados públicos celebraron una convención colectiva de trabajo y si actualmente están disfrutando de los beneficios provenientes de la misma, ésta sería contraria a la ley. Pero, mientras subsista, debe cumplirse en beneficio de esos empleados.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

1. El artículo 26 de la ley 10ª de 1990 clasifica el personal al servicio de las entidades oficiales vinculadas al sector de la salud. Esta clasificación comprende empleados de carrera y de libre nombramiento y remoción, como también trabajadores oficiales.

2. Los trabajadores oficiales son las personas que desempeñan cargos no directivos, para el mantenimiento de la planta física hospitalaria y para prestar servicios generales, en las entidades oficiales encargadas de los servicios de salud.

3. El Decreto 1335 de 1990 reglamentó el artículo 27, inciso 3º, de la ley 10ª de 1990 y definió la naturaleza y las funciones de los cargos en las entidades oficiales que prestan los servicios de salud. La clasificación del personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales está prescrita por el artículo 26, parágrafo, de la misma ley. En consecuencia, la definición y clasificación de las funciones en los servicios de salud y la clasificación del personal son dos tareas diferentes, provenientes de distintas disposiciones de la ley 10ª de 1990.

4. Según el inciso final del parágrafo del artículo 26 de la citada ley, las juntas directivas de los establecimientos públicos deben clasificar su personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales, teniendo en cuenta los criterios que al efecto determina la primera parte de la misma disposición. Los estatutos en los cuales se debe efectuar la clasificación del personal son los que expiden las juntas directivas de dichas entidades, aprobados, según el caso, por el gobierno nacional, departamental o municipal.

5. La Constitución regula la función pública. En los casos no determinados por la misma Carta, defiere a la ley prescribir el régimen del personal de los empleados de carrera, de periodo y de libre nombramiento y remoción, como también el de los trabajadores oficiales

La clasificación del personal, entre empleados públicos y trabajadores oficiales, debe realizarse con fundamento en la ley que determine la manera de efectuarla.

6. Las "instituciones", a que se refiere el parágrafo 26 de la ley 10ª de 1990, son las entidades oficiales que prestan los servicios de salud, a las cuales alude el

inciso 1º de la misma disposición; es decir, el Ministerio de Salud, las entidades territoriales y los establecimientos públicos de todos los niveles.

7. Los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo. Sin embargo, si algunos empleados gozan de los beneficios pactados en una convención colectiva de trabajo vigente, ellos subsisten y deben hacerse efectivos mientras rija la convención.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD/CARRERA ADMINISTRATIVA - Régimen Especial/EMPLEO DE CARRERA/SUPRESION DE EMPLEOS

La ley 27 de 1992, los Decretos-leyes 1221 y 1222 de 1993 y el Decreto reglamentario 1223 del mismo año, son normas de carácter general, que expresamente modifican la ley 61 de 1987, que también ostenta carácter general y que no se es aplicable a empleados públicos con regímenes especiales, salvo aquellos casos en que las normas específicas hacen remisión a ella. De manera, que si por expresa disposición, contenida en regímenes especiales la ley 61 de 1987 ha sido aplicada a servidores del Estado sometidos a ellos, las nuevas normas que la modifican deben ser aplicadas a dichos servidores, mientras las disposiciones especiales no regulen otra cosa. Los artículos 7º y 8º de la ley 27 de 1992, modificaron en lo pertinente la ley 61 de 1987 y el decreto ley 2400 de 1968; de suerte que, como se expresó en el punto anterior, por regla general se aplican a los empleados públicos que no están sometidos a estatutos especiales de administración de personal. Pero, de manera excepcional, se pueden hacer extensivos a servidores públicos regidos por normas especiales cuando éstas expresamente así lo ordenen. Tal es el caso de los servidores de la carrera del Sistema Nacional de Salud, que, de acuerdo con el artículo 27 de la ley 10 de 1990, están sometidos en dicho aspecto a la ley 61 de 1987. De este modo, las causales de retiro del servicio y sus efectos, en cuanto a cargos de carrera se refieren, previstas en la ley 27 de 1992, se aplican a los empleados públicos del sistema nacional de salud. Los procesos de selección de personal para el servicio público en la administración Nacional, deben ceñirse a lo previsto por el Decreto-ley 1222 de 1993. Por tanto, los procesos que se hubieran iniciado antes de la fecha de su vigencia, deben modificarse para que los trámites se sometan a las nuevas disposiciones, las cuales tienen efecto general inmediato y deben ser observadas desde su promulgación.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá, D.C. agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia.: Radicación 534.

Alcances de la ley 27 de 1992 frente a los aspectos que en materia de carrera administrativa regulan los sistemas específicos de administración de personal, vigentes para algunas entidades y sectores.

"El director del departamento administrativo de la Función Pública ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

"Del análisis y estudio de la ley 27 de 1992 y sus normas complementarias se ha suscitado una serie de inquietudes respecto de sus alcances, sobre los cuales es necesario precisar por la trascendencia de los efectos que puedan originarse.

Por ello, este departamento, para consultar, hace las siguientes consideraciones:

1. En respuesta a la consulta formulada a esa Corporación por el director del Departamento Administrativo de la Función Pública (antes del Servicio Civil), y radicada bajo el número 217, esa Sala, en concepto del 8 de septiembre de 1988, expresó:

Al punto 3. En su artículo 12, la Ley 61 de 1987 dispone que ella "modifica y adiciona los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y deroga las disposiciones que les sean contrarias, en especial, el artículo 22 de la Ley 13 de 1984".

Precisamente por estar dictada con la finalidad primordial de expedir normas sobre la carrera administrativa, la ley 61 de 1987 modifica y adiciona los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, que son los básicos sobre la materia y los dictados inicialmente para dar cumplimiento al mandato constitucional proveniente del plebiscito de 1957, artículo 5º según el cual 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.

Pero derogó también "las disposiciones que les sean contrarias", dado su carácter general y el cubrimiento en la materia sobre que versa, del ámbito de la administración Nacional (administración central y descentralizada).

Siendo ello así, puede deducirse que los **regímenes especiales** de carrera administrativa establecidos en normas con categoría de ley, por ejemplo, para la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (decreto ley 2200 de 1987), el sistema nacional de salud (decreto extraordinario 694 de 1975, y la registraduría Nacional del Estado Civil (decreto extraordinario 3492 de 1986), fueron modificados por la ley 61 de 1987, particularmente en aspectos tales como la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción y la declaratoria de insubsistencia por haber obtenido el funcionario dos calificaciones de servicios no satisfactorias en el mismo año calendario.

Al punto 4. En las entidades para las cuales la ley ha expedido regímenes especiales de carrera administrativa, debe considerarse que son empleos de libre nombramiento y remoción los mencionados en las respectivas normas, con la adición de los señalados en artículo 1º de la ley 61 de 1987.

Al punto 5. Ciertamente la Ley 61 de 1987 modificó, en lo pertinente, los estatutos de personal aprobados por decreto ejecutivo durante la vigencia del artículo 38 del decreto 3130 de 1968, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia del 30 de septiembre de 1973".

De acuerdo con lo anterior, es claro que la ley 61 de 1987, en materia de clasificación de empleos de libre nombramiento y remoción, pérdida de los derechos de carrera, duración y prórroga de los nombramientos provisionales, declaratoria de insubsistencia de un empleado de carrera por obtener dos calificaciones de servicios no satisfactorias, modificó las normas legales que regulan los sistemas específicos de administración de personal o los llamados regímenes especiales de carrera administrativa, tales como el decreto ejecutivo 2464 de 1970 (Servicio Nacional de Aprendizaje SENA); decreto ley 694 de 1975 (Sistema Nacional de Salud); Decreto Ley 1817 de 1964 y la Ly 32 de 1986 (carrera penitenciaria y estatuto orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia); decreto ley 2334 de 1977 (Aeronáutica Civil), entre otros.

2. La ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud, en el artículo 27, dispone que a los empleados de carrera administrativa de la Nación, de las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo se aplicarán, en materia de carrera administrativa y de calificación de servicios, **lo previsto en la ley 61 de 1987** y en el decreto ley 694 de 1975 en cuanto no contraríe la citada Ley 61.

El artículo 77 Decreto-Ley 694 de 1975 establece las causales de retiro del servicio para los empleados que pertenecen al sistema nacional de salud. Allí se contempla la supresión del empleo como una de ella. A su vez, el artículo 93 ibídem establece para el empleado escalafonado el derecho preferencial a ser revinculado, cuando por los motivos en esa norma previstos se suprima el empleo del cual es titular, sin que tenga derecho a indemnización en caso de no ser posible su revinculación.

De otra parte, el artículo 102 del mismo decreto-ley 694 de 1975 prevé que en aquellos aspectos no regulados específicamente por este decreto se aplicarán las leyes vigentes para la administración de personal de la Rama Ejecutiva del poder público, en especial los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973. Estos decretos señalan, entre las causales de retiro del servicio, la supresión del empleo con los mismos efectos previstos en el decreto-ley 694 de 1975; es decir el derecho a la revinculación solamente. El decreto-ley 2400 de 1968 fue modificado por los artículos 7º y 8º de la Ley 27 de 1992 al establecer, en caso se supresión de un empleo ocupado por un empleado escalafonado, el derecho a percibir una indemnización cuando no fuere posible su revinculación.

3. De otra parte, el inciso 2º del artículo 2º de la ley 27 dispone que las entidades o sectores con carreras especiales o con sistemas específicos de administración de personal, como es el caso de los enviados en el numeral 1º de esta consulta, continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y en la ley.

4. La ley 27 de 1992, el decreto-ley 1222 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1223 del mismo año modifican sustancialmente los asuntos regulados por la Ley 61 de 1987 y sus decretos reglamentarios.

5. El artículo 2º de la ley 61 de 1987 prevé que el retiro del servicio por cualquier causa implica el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo en el caso de cesación por motivo de supresión del empleo. A su vez, la Ley 27 de 1992, en el artículo 7º señala las causales del retiro del servicio de los empleados de carrera y la pérdida de los derechos inherentes a ella. El artículo 8 ibídem consagra para el empleado escalafando, en caso de supresión de su empleo, el derecho a ser revinculado al servicio y, en su defecto a percibir una indemnización.

6. Antes de la expedición del decreto-ley 1222 de 1993 se iniciaron procesos de selección con base en lo dispuesto en el decreto-ley 2400 de 1968 y su reglamentario 1950 de 1973; estos decretos fueron modificados por aquella norma, en aspectos de carrera administrativa, como quiera que se redujo el término de duración del período de prueba, se eliminaron las calificaciones mensuales de servicios durante este período y, en su defecto, se estableció una sola calificación al término del mismo; se suprimió el certificado de conducta y de eficiencia como requisito previo a la inscripción en el escalafón una vez superado el período de prueba.

Sin embargo, el decreto-ley 1222 de 1993, a través del cual se regula el proceso de selección para la provisión de los empleos de carrera, no previó el tránsito de legislación para determinar la normatividad aplicable a estos procesos ya iniciados antes de su vigencia.

Con base en las anteriores consideraciones, se consulta:

1. La ley 27 de 1992, los decretos-leyes 1221 y 1222 de 1993 y el decreto reglamentario 1223 del mismo año, en aquellos aspectos en que modifican la ley 61 de 1987, serían aplicables a los empleados regulados por sistemas específicos de administración de personal o por regímenes especiales de carrera administrativa, cuyos estatutos habían sido a su vez modificados por la Ley 61 de 1987, según el antes citado concepto de esa Corporación?.

2. Deberá entenderse que los artículos 7º y 8º de la ley 27 de 1992 son normas complementarias o que adicionan el artículo 2 de la ley 61 de 1987?. En caso afirmativo, las causales de retiro y sus efectos, de que tratan los citados artículos 7º y 8º de la ley 27, serían predicables para aquellos empleados regulados por los sistemas específicos de administración de personal, entre ellos, para los del Sistema Nacional de Salud, incluidos los del nivel territorial?

3. Teniendo en cuenta que la convocatoria es norma reguladora del concurso y obliga tanto a la administración como a los participantes, los procesos de selección, cuyas convocatorias se efectuaron con anterioridad al decreto-ley 1222 de 1993, deberán culminarse en los términos y condiciones indicados en las mismas? O, por el contrario, deberá continuarse su trámite con sujeción a las nuevas normas?

La Sala considera y responde:

1. El régimen de administración de personal conformado por los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, el decreto reglamentario 1950 de 1973, la ley 13 de 1984 y la ley 61 de 1987, es de carácter general, aplicable a los empleados oficiales del orden Nacional que no se encuentran sometidos a regímenes especiales.

Excepcionalmente, estas disposiciones se han hecho extensivas a servidores del Estado con estatutos especiales, cuando de manera expresa en ellos se remite a las normas generales. Tal es el caso de los empleados del sistema nacional de salud, a quienes, por expresa disposición de la ley 10 de 1990, mediante la cual se reorganiza dicho sistema, se les ha venido aplicando la ley 61 de 1987 (art.27).

La Sala considera oportuno precisar que los regímenes especiales relativos a la administración de personal, prevalecen sobre los estatutos generales que se refieren a la misma materia y, por lo mismo, las normas generales los modifican o adicionan **sólo** cuando una de sus disposiciones lo ordena expresamente. En este sentido se reitera el criterio expuesto en el concepto de 12 de junio de 1989 (radicación 282) que en el aparte final sostuvo: "...De donde se deduce que el régimen de la carrera administrativa prescrita por el decreto-ley 694 de 1975 se aplica a los empleados del servicio de salud de Bogotá, por ser parte integrante del Sistema Nacional de Salud y, por su carácter especial, prevalece sobre los estatutos generales relativos a la misma materia".

2. Para desarrollar el artículo 125 de la Constitución Nacional, el Congreso expidió la ley 27 de 1992, por la cual se establecen normas sobre administración de

personal al servicio del Estado, que modifica las disposiciones generales relativas a la administración de los empleados públicos de la rama ejecutiva en el orden nacional (art. 30). Además, en forma precisa establece que los empleados de las entidades con "carreras especiales o sistemas específicos de administración personal, continuarán, rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la ley" (inciso 3º artículo 2º).

3. En efecto, de conformidad con lo indicado, la citada ley 27 de 1992, modificó la ley 61 de 1987 que sólo rige para los empleados públicos del orden nacional que no están sometidos a estatutos especiales, salvo aquellos casos en que las normas legales de carácter especial han dispuesto aplicar adicionalmente dicha ley, como es el caso del sistema nacional de salud que, según la ley 10 de 1990 que lo reorganiza, en su artículo 27 prevé que a los empleos de carrera que lo integran, tanto a nivel Nacional como territorial, se les aplicará "la ley 61 de 1987 y el decreto 694 de 1975, incluidas las normas sobre calificación de servicios, en cuanto sea compatible con dicha ley y con lo previsto en la presente ley".

De manera, que si en este caso, por remisión expresa, se aplica la ley 61 de 1987 y ésta es modificada por la ley 27 de 1992, las nuevas normas se aplicarán en su lugar, mientras no sea modificada la norma especial que ordena dicha aplicación.

4. Los artículos 7º y 8º de la Ley 27 de 1992 modificaron el artículo 2º de la Ley 61 de 1987, y los artículos 48 del Decreto Ley 2400 de 1968, 105, 117, 118, 243, 244 del Decreto 1950 de 1973 en cuanto se refieren al retiro de la carrera por separación del servicio, salvo cuando el motivo es la supresión del empleo. Los citados artículos regulan lo relativo a las causales de retiro de servicio y a la indemnización por supresión del empleo, desarrollada por el Decreto 1223 de 1993.

Como se indicó estas disposiciones son de carácter general y sólo se aplican a servidores públicos sometidos a estatutos especiales cuando sus normas expresamente lo dispongan. De suerte que los artículos 7º y 8º de la ley 27 de 1992 y el Decreto reglamentario 1223 de 1993, que por regla general, no son aplicables a empleados que se rigen por sistemas específicos de administración de personal, pueden excepcionalmente aplicarse, por ejemplo, a los empleados del sistema nacional de salud, porque la Ley 10 de 1990, en el artículo 27, dispone que "A los empleos de carrera administrativa de la Nación, de las entidades territoriales, y de las entidades descentralizadas", de los servicios de salud, se aplicará el régimen previsto en la Ley 61 de 1987, que en efecto fué modificada por las normas citadas.

5. De otra parte, el Decreto-ley 1222 de 1993, que regula lo relativo a los concursos y procesos de selección, derogó los artículos 42, 43, 44 y 45 del decreto-ley 2400 de 1968 y como consecuencia quedaron virtualmente sin efecto las normas correspondientes del decreto reglamentario 1950 de 1973, porque al quedar derogada la norma reglamentada pierde vigencia la norma reglamentaria.

De este modo las convocatorias que se tramiten a partir de la vigencia del Decreto-ley 1222 de 1993, deben someterse a sus disposiciones. Además aquellas que se hubieran iniciado antes del 28 de junio 1993, fecha en que entró en vigor dicho decreto ley, deben ajustarse a las nuevas disposiciones, para que los procesos de selección se continúen tramitando de conformidad con la actual legislación, que rige desde su promulgación y que por prescribir normas de procedimiento, tiene efecto general inmediato.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la sala absuelve los interrogantes formulados por el señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los siguientes términos:

1. La ley 27 de 1992, los Decretos-leyes 1221 y 1222 de 1993 y el Decreto reglamentario 1223 del mismo año, son normas de carácter general, que expresamente modifican la Ley 61 de 1987, que también ostenta carácter general y que no es aplicable a empleados públicos con regímenes especiales, salvo en aquellos casos en que las normas específicas hacen remisión a ella.

En esta forma, la Sala reitera su criterio expresado en concepto de 12 de junio de 1989, radicación 282.

De manera, que si por expresa disposición, contenida en regímenes especiales, la Ley 61 de 1987 ha sido aplicada a servidores del Estado sometidos a ellos, las nuevas normas que la modifican deben ser aplicadas a dichos servidores, mientras las disposiciones especiales no regulen otra cosa.

2. Los artículos 7º y 8º de la ley 27 de 1992, modificaron en lo pertinente la ley 61 de 1987 y el Decreto ley 2400 de 1968; de suerte que, como se expresó en el punto anterior, por regla general se aplica a los empleados públicos que no están sometidos a estatutos especiales de administración de personal. Pero, de manera excepcional, se pueden hacer extensivos a servidores públicos regidos por normas especiales cuando éstas expresamente así lo ordenen. Tal es el caso de los servidores de carrera del Sistema Nacional de Salud, que, de acuerdo con el artículo 27 de la ley 10 de 1990, están sometidos en dicho aspecto a la ley 61 de 1987.

De este modo, las causales de retiro del servicio y sus efectos, en cuanto a cargos de carrera se refieren, previstas en la ley 27 de 1992, se aplican a los empleados públicos del sistema nacional de salud.

3. Los procesos de selección de personal para el servicio público en la administración nacional, deben ceñirse a lo previsto por el Decreto-Ley 1222 de 1993. Por tanto, los procesos que se hubieran iniciado antes de la fecha de su vigencia, deben modificarse para que los trámites se sometan a las nuevas disposiciones, las cuales tienen efecto general inmediato y deben ser observadas desde su promulgación.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores, director del departamento Administrativo de la Función Pública 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 el 3 de septiembre de 1993.

NOTA DE RELATORIA: La Sala reitera su criterio expresado en concepto de 12 de junio de 1989, radicación 282.

PRESUPUESTO NACIONAL / RECURSOS GRATUITOS / INGRESOS OCASIONALES / DONACIONES

La Nación -Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, puede recibir válidamente los bienes que sean ofrecidos a favor de la comunidad a título de ayuda para el servicio o desarrollo de ésta, actuando como intermediario, con la única obligación de distribuirlos de acuerdo con la voluntad expresada por el donante. En el evento de que el colaborador no hubiere manifestado expresamente su voluntad acerca de la forma de distribución de los bienes, la entidad operadora deberá proceder de conformidad con lo dispuesto en planes y programas nacionales de desarrollo y, a falta de éstos, con fundamento en los criterios constitucionales sobre asignación de recursos que se establecen en los artículos 356 y 357 de la Constitución. Los recursos recibidos por la Nación con la finalidad de adquirir determinados bienes que serán entregados a miembros necesitados de la comunidad, pueden colocarse en fiducia, de conformidad con las normas legales que regulan esta clase de contrato, siempre que medie la autorización expresa del donante y sin necesidad de incorporarlos al presupuesto nacional, por cuanto tales recursos no constituyen ingresos ocasionales de la Nación.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Consejero Ponente : *Javier Henao Hidrón*

Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Referencia: Consulta sobre donaciones en favor de la Nación y ayudas para la comunidad. Radicación N° 531

El señor director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, doctor Miguel Silva Pinzón, formula a la Sala la consulta que está precedida de las siguientes consideraciones:

En el marco de las relaciones internacionales y a nivel interno, como una forma de expresión de solidaridad humana, es frecuente que se ofrezca al Gobierno Colombiano ayuda en dinero o en especie , destinada a mejorar las condiciones de vida de la población más desfavorecida (bicicletas, máquinas de coser, etc.).

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como entidad encargada de prestar apoyo administrativo a la Presidencia de la República , cumple la misión de recibir los bienes ofrecidos a título gratuito, siempre con el objeto de hacer cumplir la voluntad del donante en cada caso.

Las donaciones a que se hace referencia pueden ser hechas a favor de la comunidad o en favor de la Nación para que esta última le de el destino que fije el donante.

Vale la pena precisar que dichas donaciones tienen el carácter de modales, en la medida en que los bienes se entregan para aplicarlos a un fin especial (artículos 1473 y 1147 del Código Civil). Lo anterior implica que la entidad donataria debe destinar los bienes al fin previsto y que si no lo hace, el donante puede exigir que se obligue al donatario a cumplir o que se rescinda la donación (artículo 1483 de Código Civil).

Frente a esta situación y en relación con las dos modalidades que pueden tener las donaciones mencionadas se consulta:

1. DONACIONES A FAVOR DE LA COMUNIDAD

Puede la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, recibir los bienes ofrecidos en donación a favor de la comunidad, obrando como un simple intermediario con la única obligación de hacer cumplir la voluntad del donante, siempre que tal voluntad conste expresa y claramente en el documento de entrega de los bienes.?

Los recursos recibidos para adquirir determinados bienes por parte de la Nación para ser entregados a miembros necesitados de la comunidad pueden colocarse en fiducia con la autorización expresa del donante sin incorporarlos al presupuesto nacional, teniendo en cuenta que no se trata de una donación de dinero a favor del Gobierno que deba confundirse con su patrimonio , sino de atender el destino previsto por el donante?.

2. DONACIONES A NOMBRE DEL GOBIERNO

En los casos en que la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República recibe a su nombre los bienes en especie a título de donación los

cuales son incorporados a sus inventarios de acuerdo con las normas fiscales, pueden dichos bienes ser entregados posteriormente a la comunidad en cumplimiento de la voluntad del donante? Qué trámites deben cumplirse para tal efecto?

LA SALA CONSIDERA:

1. **Planificación Financiera.** Dentro del marco conceptual de la Hacienda Pública que aplican los Estados modernos, la planificación financiera permite conocer los recursos disponibles y los gastos de inversión y de funcionamiento que pueden efectuaerse. Esta proyección por regla general se hace anualmente, para de este modo determinar los ingresos por percibir y los gastos por realizar, y da origen a una programación técnica de las finanzas públicas que se denomina presupuesto financiero o más escuetamente, presupuesto, el cual se convierte - o debiera convertirse- en el instrumento para dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social.

En Colombia, como en la mayoría de los países occidentales, el Presupuesto General de la Nación se aprueba mediante una ley de la República y se compone del presupuesto de rentas y del presupuesto de gastos o ley de apropiaciones. Estas dos partes, a su turno, deben ser programadas , aprobadas , modificadas, ejecutadas y liquidadas con sujeción a las disposiciones de la correspondiente Ley Orgánica, que entre nosotros en la Ley 38 de 1.989.

2. **El Principio de Unidad.** Uno de los principales orientadores del régimen presupuestal, es el de unidad, que enseña que todos los ingresos y gastos del Estado deben reunirse en un solo presupuesto con el objetivo principal de mantener un adecuado control sobre la rentas y la apropiaciones e impedir la dualidad de economías o la malversación de los recursos.

Precisamente el art. 12 de la Ley 38 de 1.989, establece la unidad de caja, principio que enuncia de esta manera:

> Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá la situación de fondos a los organismos y entidades para el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación.

De dicho principio, que encuentra su complemento en la organización de la Cuenta Unica Nacional (los organismos y entidades del orden nacional de la administración pública sólo podrán depositar en ella sus recursos, conforme al art. 82 ibídem), se deduce que la totalidad de las rentas y recursos de capital deberán destinarse exclusivamente a satisfacer las apropiaciones presupuestadas.

3. **De la clasificación de los Ingresos.** El régimen presupuestal colombiano determina que el Presupuesto de Rentas a que se refiere al art. 346 de la Constitu-

ción, contiene ingresos corrientes y recursos de capital. Los primeros los clasifica en tributarios (subclasificados en impuestos directos e indirectos) y no tributarios (que comprenden las tasas , las multas, las rentas contractuales y las transferencias del sector descentralizado a la Nación). Los segundos comprenden, entre otros rubros, el cómputo de los recursos del balance del tesoro; los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año autorizados por la ley, y los rendimientos por operaciones financieras. (Ley 38 de 1989, arts, 19 , 20 y 21).

Pero existen también otros ingresos, denominados ocasionales, los cuales deberán incluirse dentro de los correspondientes grupos y subgrupos de que trata el art. 20 de la Ley Orgánica, por mandato del parágrafo 2° del mencionado precepto. Tales ingresos, como su nombre lo indica, son accidentales, imprevistos, excepcionales. Dentro de ellos es menester incluir aquellos recursos gratuitos que provienen de terceros que los entregan al Estado en forma voluntaria, como, por ejemplo, las donaciones provenientes de convenios internacionales; y las donaciones o legados que , en el orden interno, le hacen personas naturales o jurídicas. E l destino de estas donaciones para fines de interés social, al tenor del art. 62 de la Constitución, no podrá ser variado ni modificado por el legislador, a menos que el objeto de la donación desaparezca, debiendo el Gobierno fiscalizar su manejo e inversión.

Tales recursos gratuitos, siempre que estén representados en dinero y tengan como destinatario al Estado, deberán hacerse figurar en el respectivo presupuesto financiero como ingresos ocasionales.

Otra clase de contribuciones voluntarias provenientes de terceros, son las ayudas que -careciendo de carácter contractual como la donación - tienen por objeto colaborar con un país para atender a damnificados , contribuir al mejoramiento del nivel de vida de las personas menos favorecidas, etc., entregadas por personas extranjeras o nacionales, naturales o jurídicas, con destinación específica para grupos comunitarios y que se realizan a través de una entidad estatal.

4. **Rentas nacionales de destinación específica.** Con el fin de conferir unidad al sistema rentístico nacional , aunque no en forma rígida, pues se admiten razonables excepciones, la Carta Política de 1.991 consagró como principio constitucional aquel según el cual "No habrá rentas nacionales de destinación específica". Dispuesto en el art. 359, el principio prohibitivo admite las precisas excepciones siguientes:

- Las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios;

- Las rentas destinadas para inversión social; y,

- Las que según leyes anteriores, deben ser asignadas por la Nación a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías (hoy nuevos departamentos).

5. **Donaciones en dinero o en especie a nombre del Estado.** Como se dejó expresado, la Nación puede recibir donaciones a su nombre, o ayudas para la comunidad, de procedencia nacional o extranjera, las que suelen tener variadas finalidades, tales como colaborar en la atención de damnificados por calamidades públicas, contribuir a elevar el nivel de las clases populares, vincularse a la represión de delitos contra la humanidad o a la conservación del orden público, etc.

Dichas donaciones y ayudas, como se manifiestan en la consulta, suelen tener el carácter de modales y se hacen en dinero o en especie.

Cuando las donaciones son en dinero y como tales se entregan al Estado, entran a su patrimonio y por tanto se consideran ingresos ocasionales que deben formar parte del presupuesto público. Además, pueden tener destinación específica cuando se refieran a la inversión social.

Si las donaciones a la Nación son en especie ("bicicletas, máquinas de coser, etc.".) y se entregan al Gobierno para éste posteriormente las distribuya entre la comunidad, no es procedente que se integren al presupuesto nacional; en este caso, bastará el registro de ingreso a los inventarios de la entidad que los recibe. Y la distribución a la comunidad deberá hacerse de acuerdo con las estipulaciones del convenio respectivo, o bajo las condiciones expresadas por el donante en al acta de entrega y, en el último caso, si carecen de norma modal, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo o, en su defecto, atendiendo a los criterios constitucionales en materia de inversión social.

De tal manera que, a medida que se haga la entrega de los bienes, éstos deberán descargarse del inventario, respaldando los registros con actas suscritas por quienes entregan y por quienes reciben.

6. **Ayudas en dinero o en especie a favor de la comunidad.** Cuando las ayudas en dinero o en especie, se efectúan para el beneficio directo de la comunidad, determinándose claramente a qué grupo de personas deben entregarse, pero por razones de seguridad o por voluntad del donante se llevan a cabo a través del Estado, la actuación de la entidad pública es meramente la de intermediario. Entonces lo que se pretende es organizar la distribución por un conducto oficial y conforme a la voluntad de la persona natural o jurídica que hace la contribución. En este evento, se reitera que la Nación no podría incluir esos bienes en su presupuesto porque no constituyen ingresos ocasionales suyos; simplemente deberán ser distribuidos entre las personas que haya determinado el donante.

En tales condiciones, la entidad estatal que reciba los bienes deberá hacer un inventario detallado de ellos para luego proceder a entregarlos a los beneficiarios indicados por el donante y, en la medida en que se produzca la entrega, descargarlos al elaborar y suscribir las actas respectivas.

LA SALA RESPONDE:

Con fundamento en las consideraciones expuestas, se absuelven los interrogantes formulados en la consulta, de la manera siguiente:

1. AYUDAS A FAVOR DE LA COMUNIDAD

a) La Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, puede recibir válidamente los bienes que sean ofrecidos a favor de la comunidad a título de ayuda para el servicio o desarrollo de ésta, actuando como intermediario, con la única obligación de distribuirlos de acuerdo con la voluntad expresada por el donante.

En el evento de que el colaborador no hubiere manifestado expresamente su voluntad acerca de la forma de distribución de los bienes, la entidad operadora deberá proceder de conformidad con lo dispuesto en planes y programas nacionales de desarrollo y , a falta de éstos, con fundamento en los criterios constitucionales sobre asignación de recursos que se establecen en los artículos 356 y 357 de la Constitución .

b) Los recursos recibidos por la Nación con la finalidad de adquirir determinados bienes que serán entregados a miembros necesitados de la comunidad, pueden colocarse en fiducia, de conformidad con las normas legales que regulan esta clase de contrato, siempre que medie la autorización expresa del donante y sin necesidad de incorporarlos al presupuesto nacional, por cuanto tales recursos no constituyen ingresos ocasionales de la Nación.

2. DONACIONES A NOMBRE DE LA NACION

En los casos en que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República reciba a nombre de la Nación y a título de donación, bienes en especie, éstos deberán ser registrados e incorporados en el inventario de la entidad de conformidad con las normas fiscales vigentes. Una vez cumplido este requisito, deberán ser entregados a la comunidad, atendiendo el modo impuesto por el donante; pero si la donación no fuese moral, a los planes y programas de desarrollo vigentes y. a falta de los mismos, a los criterios constitucionales sobre asignación de recursos. De cada entrega se dejará constancia en acta, para luego proceder a descargar del inventario los bienes distribuidos.

Si las donaciones se hacen a favor de la Nación, en dinero, las cantidades respectivas deberán incorporarse a su Presupuesto General como ingresos ocasionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 38 de 1.989.

Transcríbase, en sendas copias autenticadas, al señor director del Departamento Administrativo mencionado y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancour Cuartas; Javier Henao Hidrón; Roberto Suarez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 6 de Septiembre de 1.993

CONGRESISTA-Inhabilidad / EMPLEO PRIVADO / MOVIMIENTO POLITICO-Representación Legal/GESTION DE NEGOCIOS

No puede un congresista ser representante legal de ningún partido o movimiento político con personería jurídica reconocida, por cuanto el desempeño de las funciones que le son inherentes implica el ejercicio de un cargo o empleo privado, el cual está expresamente prohibido por el numeral 1º del artículo 180 de la Constitución. Sin embargo, las personas que ostentan la investidura de congresistas pueden fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, así como participar en sus organismos directivos, porque ninguna de estas actividades involucra el ejercicio de un empleo. Tampoco le está permitido a un congresista gestionar en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, ni celebrar contratos con ellas por sí o por interpuesta persona, salvo las excepciones constitucionales y legales. Igualmente, le está prohibido celebrar contratos y realizar gestiones con personas y entidades de derecho privado, si estas son contratistas del estado o administran fondos públicos. (Numerales 2º y 4º, artículo 180 de la Constitución nacional).

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
Consejero Ponente: Dr. *Roberto Suarez Franco.*

Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Referencia : Consulta relacionada con la viabilidad constitucional para que los congresistas puedan ejercer la representación legal de los partidos o movimientos

políticos que los eligieron, frente a las incompatibilidades establecidas en el artículo 180 de la C. N. Radicación Nº 533

El señor Ministro de Gobierno, doctor Fabio Villegas Ramírez, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales :

" El Ministerio tiene interés en conocer el criterio de esa H. Sala en relación con el tema de las incompatibilidades de los congresistas en la aplicación del artículo 180 de la Constitución Política.

La citada norma establece:

"Artículo 180. Los Congresistas no podrán:

" 1. - Desempeñar el cargo o empleo público o privado.

" 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

" 3. Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o instituciones que administren tributos.

" 4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado, que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones..."

El artículo 107 de la Constitución garantiza el derecho a todos los nacionales de "fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

También..."

A su vez el artículo 283 de la Ley 5 de 1992, en su numeral 9 preceptúa:

"Artículo 283. excepción a las incompatibilidades. Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:

"...9. Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley..."

Del análisis del artículo 107 según el cual se garantiza a todos los nacionales el derecho de fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse; y de la revisión del artículo constitu-

cional 127 según el cual los congresistas no se encuentran dentro de los servidores públicos a quienes se les prohibe participar en política partidista, surge la duda razonable acerca de si el ejercicio de la representación legal de un partido político por parte de un congresista, por ser inherente al desarrollo de las actividades políticas garantizadas de manera general a todos los colombianos en el artículo 107 ya citado no constituye cargo privado de aquellos a los que se refiere el ordinal 1º del artículo 180 de la Carta, por cuanto las actividades que en calidad de representante legal de un partido o movimiento político se llevan a cabo son de la esencia misma del derecho a ejercer la política consagrado en el referido artículo 107 y en consecuencia, mal podrían considerarse bajo la óptica de la incompatibilidad establecida en el ordinal 1º del artículo constitucional 180. De lo contrario, se estaría limitando a los miembros del Congreso el derecho establecido en el artículo 107 comentado, cuyo ejercicio no les está prohibido según se desprende del artículo 127 de la Constitución.

Con fundamento en las normas citadas y las consideraciones anteriores se consulta:

Puede un Congresista ser representante legal del partido o movimiento político que lo eligió y en consecuencia contratar, gestionar y en general representar al partido o movimiento ante entidades públicas o privadas?".

LA SALA CONSIDERA

I. Fundamentos constitucionales.

1. La Constitución Política, en el artículo IV denominado "de la participación democrática y de los partidos políticos", en el artículo 107 garantiza " a todos los nacionales el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse". Agrega en el inciso segundo:

"También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos".

2. La misma Carta, en el artículo 123 que es parte integrante del capítulo sobre función pública, considera que son **servidores públicos**, (se subraya) "los miembros de las corporaciones públicas , los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios..". Y en el artículo 127 prohibe a los servidores públicos: " celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otra, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales".

Además prescribe la norma citada que:

" A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o se desem-

peñen en los órganos judicial, electoral, 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 esa prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley...".

3. En un mismo orden de ideas, la Constitución consagra en el artículo 180 causales de incompatibilidad para los congresistas, en los términos siguientes: " Los congresistas no podrán:

"1. **Desempeñar cargo o empleo público o privado.** (se subraya)

"2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a dicha disposición.

"3. Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel, o de instituciones que administren tributos.

"4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren , manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúan la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

" Parágrafo 1.--Se exceptúa el régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria..."

Por otra parte, el artículo 108 de la Carta Fundamental le atribuye al consejo Nacional Electoral el " reconocimiento de la personería jurídica a los partidos o movimientos políticos que se organicen para participar en la vida democrática del país..." con lo que implícitamente está consagrado que tales partidos y movimientos políticos tienen que constituirse como personas jurídicas, para los fines señalados en la norma citada.

II . Fundamentos legales.-

1. El estatuto básico de los partidos, contenido en la Ley 58 de 1985 en su artículo 4º, impone a los mismos la obligación de solicitar ante la Corte, hoy Consejo Nacional Electoral, el reconocimiento de su personería jurídica, para lo cual exige los requisitos previstos en la norma citada. Igualmente, agrega que, una vez otorgada la personería a un partido político, éste deberá proceder a su registro.

La misma ley 58 de 1985 en el articulo 5º consagra para dichos partidos políticos la obligación de inscribir "ante la Corte Electoral los nombres de las personas que de

acuerdo con sus estatutos, hayan sido elegidos o designados para dirigirlos y para integrar sus órganos de Gobierno y de administración".

Para todos los efectos a que hubiere lugar, agrega la norma citada, " la corte Electoral sólo reconocerá como autoridades de los partidos a las personas debidamente inscritas ante ella".

Para los sectores y movimientos de los partidos, se procederá en forma semejante siempre y cuando dejen constancia expresa de haberse constituido como organizaciones o agrupaciones separadas de los partidos políticos. (art. 7º de la ley últimamente invocada).

2. La ley 5ª de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso (Senado y la Cámara de Representantes) estatuye en su artículo 283: "Excepción a las incompatibilidades. Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:

"..."

"9. Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley..."

III. Los partidos o movimientos políticos, como personas jurídicas.

Tal como se expresó al invocar los artículos 108 de la Constitución, 4º y 7º de la ley 58 de 1985, todo partido o movimiento político debe, en principio, constituirse como persona jurídica, para "participar en la vida democrática del país". En los términos del artículo 633 del Código Civil, la persona jurídica es una persona ficticia capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

La persona jurídica consiste en la atribución de derechos y obligaciones a otros sujetos distintos de las personas naturales. La simple reunión de individuos de la especie humana, de por sí no es suficiente para que se llegue a adquirir la personería jurídica. Es menester el reconocimiento por parte del Estado, al ente o asociación que pretende la personalidad, para que éste pase a ser sujeto de derechos y para que pueda contraer obligaciones, esto es para que adquiera una capacidad jurídica autónoma. Al fin y al cabo las personas existen en el derecho y para el derecho.

Para la jurisprudencia y la doctrina los atributos esenciales de toda persona jurídica son: 1ª El reconocimiento de la personalidad jurídica por parte de la autoridad competente del Estado. 2ª El representante legal que actúe por ellas, por cuanto al ser la persona jurídica un ente o ser distinto de quienes la constituyen o la forman, se requiere de una persona natural que actúe por ellas en la vida social, política, comercial, etc. 3ª Un patrimonio que, como aptitud propia de la personalidad, consiste en la

factibilidad de ser titular de derechos de carácter económico así como para poder vincularse sobre prestaciones del mismo orden.

La capacidad del ejercicio de la persona jurídica, a diferencia de la persona natural, nace con ella y su ámbito está demarcado por la actividad propia y específica establecida en sus estatutos. Esta capacidad comúnmente denominada legal para las personas jurídicas, implica la representación legal, que no puede desempeñar directamente la persona jurídica dada su naturaleza sino a través de sus representantes, o mejor, de sus órganos. Los estatutos de la persona jurídica señalan el ámbito de la capacidad de obrar de ella misma, de modo que si al señalar el objeto del ente moral no se limita la capacidad de obrar, los órganos o representantes, como los llaman los artículos 639 y 640 del C.C., podrán desempeñarla ampliamente sin más restricciones que las impuestas por el objeto social; porque ocurre con la persona colectiva lo que con la persona física; la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, como se desprende del artículo 633, según el cual, la persona jurídica -como la natural- es sujeto de derechos y obligaciones, sin otra limitación que la impuesta por su naturaleza. (C.S. de T. sentencia de mayo 6 de 1954, LXXVII 556)

IV. Incompatibilidades de Congresistas.-

Entendida la representación legal como atributo de la personalidad en el derecho, es menester determinar si el ejercicio de la misma equivale al desempeño de un cargo o empleo. El diccionario de la Real Academia de la Lengua define CARGO, como "dignidad, empleo, oficio"; a su vez el empleo está definido por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968 en los siguientes términos "Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural".

En consonancia con lo últimamente expresado se impone como conclusión que el ejercicio de las funciones asignadas a quien ostente la representación legal de una persona jurídica, implica desempeño de un cargo o empleo, el cual puede ser público o privado según la naturaleza de la actividad.

En la eventualidad de que un Congresista desempeñase la representación legal de un partido político estaría atendiendo las funciones propias de un cargo o empleo de orden privado, lo cual está vedado por expresa prohibición del numeral 1º, del artículo 180 de la Constitución Política.

De otra parte, observa la Sala, que los congresistas son servidores públicos a tenor de lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución, motivo por el cual "no pueden celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales (art. 127 ibídem); sin embargo, ello no obsta para que puedan ejercer actividades de orden político; ni debe entenderse lo dicho como un cercenamiento del derecho consagrado en el artículo 107 y

consiste en fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos. Sólo que la calidad de Congresista limita el ejercicio de ciertas actividades, como las previstas en el numeral 1º del artículo 180 de la Carta, en razón de " la dedicación laboral exclusiva de éste a los deberes de su cargo; y además dicha prohibición procura alejarlo de toda situación que pudiera comprometer su independencia en las actuaciones propias de su investidura, bien ante otras autoridades públicas, o bien ante empleadores privados" (Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia, Carlos Lleras de la Fuente y otros. Editorial carrera 7ª, Santafé de Bogotá, D.C. 1992. pág. 321).

Finalmente debe aclararse que si bien es cierto que en el Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992), se enumeran algunas excepciones a las incompatibilidades constitucionales dentro de las cuales en su numeral 9º señala la de participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos, no es menos cierto que la disposición no cobija a los representantes legales por cuanto se hallaría en abierta oposición con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 180 de la Constitución, el cual prohibe a todo congresista "desempeñar cargo o empleo público o privado".

En conclusión la Sala responde:

1. No puede un Congresista ser representante legal de ningún partido o movimiento político con personería jurídica reconocida, por cuanto el desempeño de las funciones que le son inherentes implica el ejercicio de un cargo o empleo privado, lo cual está expresamente prohibido por el numeral 1º del artículo 180 de la Constitución.

Sin embargo, las personas que ostentan la investidura de Congresistas pueden fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, así como participar en sus organismos directivos, porque ninguna de estas actividades constituye el ejercicio de un empleo.

2. Tampoco le está permitido a un Congresista gestionar en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas ni celebrar contratos con ellas por sí o por interpuesta persona, salvo las excepciones constitucionales y legales. Igualmente, le está prohibido celebrar contratos y realizar gestiones con personas y entidades de derecho privado, si éstas son contratistas del Estado, o administran fondos públicos. (Numerales 2º y 4º artículo 180 de la Constitución Nacional)

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

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

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancóur Cuartas; Javier Henao Hidron; Roberto Suarez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

MINERALES DE COLOMBIA S.A./PRIMA DE ANTIGUEDAD/FACTOR SALARIAL

Como las disposiciones anteriores de la junta directiva de la Empresa Colombiana de Minas, relativas a la prima de antigüedad, no son contrarias a las del Acuerdo 082 de 1985 de la misma junta directiva, según el artículo 7º ibídem, subsisten y, por lo mismo, está vigente el derecho a percibir prima de antigüedad, como factor de la remuneración. Este consiste en el derecho a percibir, al cabo de un año de servicios, según el artículo 2º del Acuerdo 074 del 8 de marzo de 1984, un incremento del 9,9 sobre la remuneración.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil
Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Radicación N º 477.

Referencia: Consulta del Ministerio de Minas y Energía.

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

"El Gobierno elevó consulta a esa honorable corporación en relación con la vigencia del porcentaje del salario denominado prima de antigüedad que la junta directiva de la empresa Minerles de Colombia S.A., -MINERALCO- otorgó a los trabajadores de la misma".

"El H. Consejo de Estado absolvió la mencionada consulta en providencia del 13 de noviembre de 1992".

"El Gobierno considera necesario solicitar al H. Consejo de Estado una ampliación del concepto, teniendo en cuenta que hubo elementos determinantes para el mismo que no fueron puestos en consideración de la Corporación, como son el Acuerdo Nº 061 de 1981 por el cual la Junta Directiva de MINERALCO S.A. adoptó el estatuto de personal de la empresa y la Ley 4ª de 1992."

"Previamente a la solicitud de ampliación del concepto se estima necesario formular las siguientes consideraciones:".

"1. Con base en el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, que fue considerado por los trabajadores para efectos de la aplicación del artículo 83 de la Convención Colectiva como "favorable", a partir del 28 de enero de 1993 comenzó a pagarse a los mismos un porcentaje de 9.9 adicional al incremento salarial establecido por la junta directiva para los años 1992 y 1993. A partir de la segunda quincena del mes de junio del año en curso y en atención a las observaciones formuladas por la auditoría especial de la Contraloría General de la República ante MINERALCO sobre la legalidad de dicho pago, la Empresa decidió la suspensión del mismo".

"2. El artículo 4º del Acuerdo 005 de 1970 dispuso que la prima de antigüedad se aplicaría anualmente a los empleados que permanecieran en el mismo cargo durante los años subsiguientes al de ingreso, pero no precisó la naturaleza jurídica del beneficio, ni determinó la forma de cálculo del mismo".

"3. El Acuerdo 015 de 1975 tampoco definió el concepto prima de antigüedad, pero sí fijó unas escalas de valor de ella según los períodos de antigüedad de los empleados".

"4. La Junta Directiva de MINERALCO S.A. decidió en el Acuerdo Nº 024 de 1977 que lo reajustes a la remuneración previstos en él **incluían la prima de antigüedad** que sería equivalente al 8% del sueldo devengado por el empleado en el año inmediatamente anterior".

"5. Los acuerdos emanados del órgano directivo con posterioridad a 1977 son reiterativos al establecer que en los incrementos salariales ordenados por ellos **se considera incluída la prima de antigüedad del 9.9%**".

"La inclusión del porcentaje correspondiente a la denominada prima de antigüedad en los reajustes a la remuneración de los trabajadores de MINERALCO S.A. implica, como deducción natural y obvia, que el incremento salarial está integrado por un componente fijo del 9.9% y por un elemento variable que es el porcentaje que exceda del primero dentro de la variación porcentual total que aplique la junta directiva como incremento del salario".

"En la práctica se ha venido pagando mensualmente a los trabajadores y ello consta en comunicación de los mismos del 16 de febrero de 1989 en la cual

afirman: "Según nuestro leal saber entender, la "inclusión" del porcentaje correspondiente a la Prima de Antigüedad en el aumento o reajuste anual de salarios no es legal, ni mucho menos, justa, puesto que el aumento ha sido igual y **ha concedido un beneficio general que no diferencia la antigüedad de los funcionarios, ni tiene en cuenta el derecho adquirido previamente**" (se destaca)".

"6. El Acuerdo Nº 061 de 1981 (se anexa fotocopia) consagró una prima de antigüedad para los trabajadores así: "**Prima de antigüedad**". Los trabajadores de la empresa tendrán derecho, por una sola vez, a una prima de antigüedad equivalente a un (1) mes de salario, liquidado de acuerdo con el sueldo básico que devengue el trabajador en el momento de causarse el derecho".

"La misma disposición contempla la prima de antigüedad equivalente a un mes y medio de salario para quienes cumplan diez años de servicios continuo a la empresa y a dos meses de salario para los trabajadores que cumplan quince, veinte y veinticinco años".

"El Acuerdo Nº 061 se encuentra vigente y, en consecuencia, los trabajadores de MINERALCO gozan actualmente de la prestación denominada prima de antigüedad".

"7. Por otra parte, el artículo 9º de la Ley 4ª de 1992 establece que los representantes legales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta o asimiladas, observarán, en relación con las negociaciones colectivas, las directrices y políticas señaladas por las juntas y consejos directivos de las mismas y las pautas generales fijadas por el CONPES, sin perjuicio de respetar plenamente el derecho de la contratación colectiva".

"8. En el documento DNP-UIP-2634 del 25 de enero de 1993 (se anexa) el Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES fijó en 25% el máximo de incremento salarial ponderado que podrían negociar los representantes legales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta o asimiladas".

Se solicita al H. Consejo de Estado:

"a) Precisar cuál es la naturaleza jurídica del porcentaje 9.9 del salario reconocido por los acuerdos de Junta Directiva previamente mencionados y que se ha denominado "Prima de Antigüedad", no obstante que se trata de un pago en dinero efectuado como contraprestación directa del servicio e incorporado en la nómina mensual".

"b) Si dicho porcentaje se considerara una prima de antigüedad, como podría conciliarse su reconocimiento y pago con la prima, esa si de antigüedad, consagrada en el artículo 66 del Acuerdo 061 de 1981, puesto que ambas estarían

reconociendo un beneficio económico a los trabajadores con base en un único fundamento de hecho: **la prima**?".

"c) Ahora bien, si dicho porcentaje se considerara no como factor de salario, sino verdadero salario, como se ha venido tratando en los acuerdos de Junta Directiva, no debe dicho porcentaje considerarse incluido en el incremento salarial anual adoptado por la Junta Directiva, no sólo porque en forma expresa así lo disponen los acuerdos de junta, sino para ponerlo en concordancia con lo establecido por el artícu-lo 9º de la Ley 4ª de 1992 de modo que no se incurra, por la vía de su otorgamiento en un sobresueldo, con flagrante violación de dicha ley y se genere desigualdad con los trabajadores de otras empresas industriales y comerciales del Estado?".

LA SALA CONSIDERA

1. La Sala, en concepto de 13 de noviembre de 1992, consideró que el 9.9% de la remuneración constituye una "prima de antigüedad", reconocida por Mineralco a sus trabajadores y que la suma correspondiente a ella incrementa o aumenta la remuneración de cada trabajador.

2. Como también se expresa en el mencionado concepto de Sala, "la prima de antigüedad", correspondiente al 9.9% de la remuneración básica, constituye un aumento o incremento de la misma; es decir, cada mes al valor correspondiente a la remuneración básica hay que sumarle el equivalente al 9.9% de la misma.

3. En la consulta anterior no se hizo referencia al Acuerdo 061 de 1981. Ahora se pregunta si "la prima de antigüedad" progresiva - se incrementa cada cinco años- que se reconoce a los trabajadores que cumplan 5, 10, 15, 20 y 25 años de servicio es o no compatible con el incremento del 9.9% mensual dispuesto por el Acuerdo 074 de 8 de marzo de 1984.

4. La Sala considera que la prima reconocida por el Acuerdo 074 de 8 de marzo de 1984 es completamente diferente de la prescrita por el Acuerdo 061 de 1981, posteriormente ratificada por convención colectiva de trabajo: porque **la primera se reconoce mensualmente** a cada uno de los trabajadores, al cabo de un año de servicio, en cuantía equivalente al 9.9% de su actual remuneración básica, **mientras que la segunda se causa cada cinco años** y se reconoce en forma progresiva, según los quinquenios servidos. La convención colectiva de trabajo ratificó, con la denominación de "bonificación por servicios prestados", esta prima e incrementó su valor, a saber: por los primeros cinco años de servicios continuos se deben reconocer treinta y tres días de salario; por diez años cincuenta días de salario; por quince años sesenta y cinco días de salario; por 20 años setenta días de salario y "de veinticinco años en adelante" setenta y cinco días de salario. En fin, también se diferencian en que la prima del 9.9% de la remuneración básica se funda en el Acuerdo 074 de 1984, la prima progresiva como se indicó, fue regulada por el

acuerdo 061 de 1981 y después ratificada por la convención colectiva de trabajo entre Mineralco y el sindicato de trabajadores de esa empresa.

5. El artículo 9º de la ley 4ª de 1992 prescribe normas de conducta que deben observar las personas que, en representación de las entidades oficiales, negocien convenciones colectivas de trabajo. Pero esa disposición no constituye criterio de interpretación de la legislación laboral; sin embargo obliga a los mencionados funcionarios a "respetar plenamente el derecho de contratación colectiva".

6. Como se expresó, "la prima de antigüedad", creada por el Acuerdo 005 de 1970 y actualmente regulada por el Acuerdo 074 de 1984, debe liquidarse mensualmente, en cuantía equivalente al 9.9% de la remuneración básica vigente. Si el salario sufre un incremento o aumento al principiar un nuevo año, ello significa que ha variado la remuneración básica que sirve de fundamento a la liquidación de "la prima de antigüedad", que equivale al 9.9% de la misma.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1. El 9.9% de incremento de la remuneración de los trabajadores, dispuesto por el Acuerdo 074 de 1984, es una "prima de antigüedad" que constituye salario para todos los efectos legales.

2. "La prima de antigüedad", que reguló el Acuerdo 061 de 1981, fue ratificada como "bonificación por servicios prestados", por la convención colectiva de trabajo celebrada, el 7 de diciembre de 1991, entre Mineralco y el sindicato de trabajadores de la misma empresa. Esta bonificación es completamente diferente de la "prima de antigüedad", conforme a lo expuesto en la parte motiva.

3. La "prima de antigüedad", reconocida por el Acuerdo 074 de 1984, debe pagarse, independientemente de los incrementos salariales anuales, con fundamento en la última remuneración básica. En consecuencia esa "prima de antigüedad" no hace parte de los aumentos anuales de salario; ellos incrementan la remuneración básica que sirve de fundamento para liquidar la mencionada prima.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de 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 23 de septiembre de 1993.

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION/PERSONAL DOCENTE/ PENSION POS MORTEN - Beneficiarios/**PAGO/FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES**

Corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagar a los docentes nacionalizados la pensión post-mortem asignada a los docentes que hubieren trabajado dieciocho (18) años contínuos o discontínuos, previo su reconocimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional. Los beneficiarios de la pensión conservan su derecho a ella por un plazo de cinco (5) años, contados a partir del fallecimiento del docente. No obstante, si los hijos que disfrutan la pensión cumplen la edad de 18 años o el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias antes del cumplimiento de dicho plazo de cinco años, la pensión se extingue para quienes se coloquen en una de tales situaciones.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr. Roberto Suárez Franco.

Radicación Nº 537.

Referencia: Consulta relacionada con la pensión pos-mortem a los 18 años de trabajo creada por el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 a los docentes nacionalizados.

La señora Ministra de Educación Nacional, doctora Maruja Pachón de Villamizar, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"1. El Decreto 224 de 1972 en su artículo 7º preceptúa que en caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles

oficiales por lo menos dieciocho (18) años contínuos o discontínuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.

2. El Decreto 224 de 1972 se expidió con fundamento en la citada Ley 14 de 1971 y allí nuevamente se reitera y corrobora que los destinatarios de los estímulos, concretamente la pensión pos-mortem eran "...los rectores, directores...al servicio del Ministerio de Educación Nacional".

3. La Ley 14 de 1971 iba dirigida al personal docente dependiendo del Ministerio de Educación Nacional; así lo expresa desde su encabezamiento "Por la cual se determina condiciones... y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República para fijar estímulos del profesorado dependiente del Ministerio de Educación Nacional".

4. La Ley 43 de 1975 nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías.

El inciso 2º del parágrafo del artículo 2º de la Ley 91 de 1989, preceptúa que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causados hasta la fecha de promulgación de la citada ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial desde el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975 y teniendo en cuenta que las normas aplicables a los servidores departamentales, municipales y demás entes territoriales diferentes a la Nación son la Ley 6ª de 1945, etc. anteriores al Decreto Ley 224 de 1972, y ellas no consagran el derecho que se debate, a más del claro precepto de la Ley 91 de 1989 (artículo 2º):

Se consulta:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, podría reconocer la pensión pos-mortem de dieciocho (18) años, creada por el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, a los docentes nacionalizados?

Los beneficios de esta prestación la disfrutarían por un término máximo de cinco (5) años de conformidad con el mismo Decreto o por el contrario sería vitalicia?".

LA SALA CONSIDERA

I. Antecedentes legales

1. Mediante el artículo 2º de la Ley 14 de 1971 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias y por un año, para los fines siguientes:

"a) Reajustar las asignaciones básicas de los rectores o directores, prefectos y profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, dependientes del Ministerio de Educación Nacional;

"b) Establecer estímulos de diversa índole para los profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, dependientes del mismo Ministerio".

2. En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la ley mencionada se expidió el Decreto 224 de 1972 que, además de señalar la remuneración y de prescribir algunos estímulos para el personal previsto en la ley, creó una pensión de carácter general. En el artículo 7º del decreto citado se establece, para el cónyuge supérstite y los hijos de todo docente y en caso de su muerte, una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba a su fallecimiento. Esta pensión, se pierde en el caso de que el cónyuge contraiga nuevas nupcias o el hijo o los hijos beneficiados lleguen a la mayoría de edad. De todas maneras, la pensión en ningún caso puede exceder el plazo de cinco años, ni es compatible con la pensión de jubilación. La misma disposición estableció como otro requisito indispensable para tener derecho a tal pensión, que el docente haya "trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos 18 años contínuos o discontínuos", y que no sea beneficiario de otra pensión de jubilación.

El mismo decreto, en su artículo 6º le concedió el carácter de docente a quienes desempeñen ciertos cargos de carácter administrativo; se expresa al respecto en dicha norma lo siguiente: "Los profesionales de la docencia en ejercicio o inscritos en el escalafón que hayan sido o que sean llamados a ocupar cargos administrativos relacionados con la enseñanza elemental, secundaria o media, capacitación, supervisión e investigación científica en el Ministerio de Educación Nacional o en organización descentralizada del sector educativo, conservarán el carácter de docentes y disfrutarán de todos los beneficios para efectos de ascenso en el escalafón y pensión de jubilación".

3. Ley 43 de 1975 sobre "nacionalización de la educación", dispone en su artículo primero:

"La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación". Agrega la norma en su inciso segundo:

"En consecuencia, los gastos que ocasionen y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente ley".

Y según el parágrafo del mismo artículo se ordena:

"El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función".

En el mismo orden de ideas, el artículo 2º de la citada Ley 43 de 1975 consagra:

"Las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que han de nacionalizarse y que se hayan causado hasta el momento de la nacionalización, serán de cargo de las entidades a que han venido perteneciendo o de las respectivas Cajas de Previsión.

"Las prestaciones sociales que se causen a partir del momento de la nacionalización serán atendidas por la Nación. Pero las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá pagarán a la Nación dentro del término de diez (10) años y por cuotas partes, las sumas que adeudarán hasta entonces a los servidores de los planteles por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización...".

4. Por otra parte, mediante la Ley 91 de 1989, se creó el "Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"; en su artículo 4o. se precisa el ámbito de su objetivo, en los siguientes términos: "El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente ley , siempre con observancia del artículo 2º y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal, normativa y económica.

A su vez, el artículo 2º de la misma ley 91 de 1989, menciona las entidades que debían asumir las obligaciones prestacionales del personal docente; en su numeral 5o. expresa: "Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles".

5. Ahora bien, el artículo 15 de la misma ley 91 de 1989 precisó que: "A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional o nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

"1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, manten-

drán el régimen de prestaciones que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

"Los docentes nacionales y los que se vinculen 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".

II. Naturaleza de la pensión Post-mortem.

1. Se tiene entonces de todo lo anterior que el gobierno, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas por la Ley 14 de 1971 creó la pensión posmortem, como un estímulo o una compensación para la labor de la docencia. Para poder hacerse exigible fijó los siguientes requisitos:

a) Que el docente, al momento de su muerte, no hubiera cumplido la edad para obtener pensión;

b) Que hubiese trabajado como profesor en planteles oficiales, por lo menos dieciocho (18) años, contínuos o discontínuos;

c) Que al docente le sobreviva su cónyuge y sus hijos menores. Sólo éstos pueden ser beneficiarios de la pensión especial por muerte.

En cuanto al cónyuge, se mantiene su derecho mientras no contraiga nuevas nupcias; en cuanto a los hijos mientras no cumplan la mayoría de edad; pero en uno y otro caso su reconocimiento y pago es por un tiempo máximo de 5 años;

d) La pensión en caso de muerte, es equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al momento del deceso.

2. La pensión post-mortem, de cuyo estudio se ha venido ocupando la Sala, y en consideración a lo ya expuesto, a su naturaleza especifica y por razón de haber sido establecida en beneficio de la familia de los docentes al servicio de la administración nacional, como un reconocimiento a su trabajo es una prestación social, por lo cual su pago corresponde al "Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

3. No obstante a partir de la expedición de la ley 43 de 1975 se establece la diferencia entre personal nacional y personal nacionalizado. Sus definiciones están contenidas en el artículo 1º de la ley 91 de 1989: a los primeros pertenecen los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; y a los segundos los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975.

De manera que, según el artículo 15 de la ley 91 de 1989, **los docentes nacionalizados** vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, continúan gozando del régimen de prestaciones que tenían en cada entidad territorial en tal fecha, en el cual está comprendida la pensión post-mortem en los términos del artículo 7º del decreto ley 224 de 1972, por el carácter general que tiene.

Para los **docentes nacionales** y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, el régimen prestacional es el aplicable a los empleados públicos del orden nacional (Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o las que se expidan en el futuro).

4. De otra parte se observa que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2º numeral 5º y 4º de la Ley 91 citada, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a la fecha de promulgación de la misma ley, previo su reconocimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional.

De acuerdo a las consideraciones anteriores la Sala responde:

a) Corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagar a los docentes nacionalizados la pensión post-mortem asignada a los docentes que hubieren trabajado dieciocho (18) años contínuos o discontínuos, previo su reconocimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional.

b) Los beneficiarios de la pensión conservan su derecho a ella por un plazo de cinco (5) años, contados a partir del fallecimiento del docente. No obstante, si los hijos que disfrutan la pensión cumplen la edad de 18 años o el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias antes del cumplimiento de dicho plazo de cinco años, la pensión se extingue para quienes se coloquen en una de tales situaciones.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por la señora Ministra de Educación Nacional.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a la señora Ministra de Educación Nacional 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 el 21 de septiembre de 1993.

SECCION

PRIMERA

IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO/AVALUO CATASTRAL/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

Como quiera que el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 4ª de 1990 prohíbe a los municipios establecer tributos cuya base gravable sea el avalúo catastral, exceptuado el impuesto predial unificado, se concluye sin mayor esfuerzo mental que el artículo 1º enjuiciado infringe dicho precepto ya que aún cuando dice aumentar el impuesto predial unificado, sólo está estableciendo un aumento del impuesto predial, pues tiene en cuenta únicamente el avalúo catastral, y desatiende los demás impuestos y sobretasas que conforma aquél, que es sobre el cual pueden los municipios crear tributos sobre la base del avalúo catastral, por expreso mandato del inciso 3º en comento. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 1º del Acuerdo Nº 046 de 11 de febrero de 1993, expedido por el Concejo Municipal de Pasto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº 2505. Recurso de apelación contra el auto de 29 de abril de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño. Actor: Alfredo Jurado Mesías.

Se dedice el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra el auto de 29 de abril de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, en cuanto denegó la suspensión provisional de los efectos del artículo 1º del acto acusado.

I. ANTECEDENTES

I. 1. El ciudadano y abogado ALFREDO JURADO MESIAS, obrando en su propio nombre, y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acudió ante el Tribunal Administrativo de Nariño a presentar demanda para que se declare la nulidad, previa suspensión provisional, del Acuerdo Nº 046 de 11 de febrero de 1993 ``por medio del cual se crea el fondo de manejo y ordenamiento de cuencas hidrográficas´´, expedido por el Concejo Municipal de Pasto.

I. 2. Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 313 numeral 4º, 315 numeral 5º, 338, 345 y 363 de la Constitución Política, 2º y 7º de la Ley 44 de 1990, 17 de la Ley 14 de 1983, 114 de la Ley 9ª de 1989 y 6º a 8º del Decreto Ley 294 de 1973.

I.3. En escrito separado al de la demanda sustentó la solicitud de suspensión provisional aduciendo la violación manifiesta por parte del artículo 1º del acuerdo acusado del artículo 2º de la Ley 44 de 1990.

II. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para denegar la solicitud de suspensión provisional del artículo 1ºdel citado acuerdo consideró el *a quo*, en síntesis, lo siguiente:

1. El proceso apenas se inicia y no se puede entrever la ilegalidad del acto acusado ni el cumplimiento de los requisitos que exige la pretendida suspensión provisional, pues la misma se determinará al finalizar el proceso, una vez evacuadas las pruebas y cumplida la totalidad de las etapas de éste, de donde se colige que en esta oportunidad no es procedente atender la solicitud formulada por el actor.

2. No tiene el juzgador competencia oficiosa para decretar la suspensión provisional ni para atender consideraciones diferentes a las expuestas por el demandante, ni tener en cuenta otros medios probatorios distintos de los aducidos con la demanda, ni otorgar valor probatorio a elementos que no se adecuen para su validez a las disposiciones legales vigentes, porque es el debate que se inicia el espacio natural para su decantación jurídica y su consolidación probatoria luego de su controversia.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Las censuras del actor aparecen cimentadas principalmente en los siguientes argumentos:

1. De qué vale que la ley haya previsto que pueden suspenderse los actos administrativos si los magistrados de los tribunales de lo contencioso no la aplican aduciendo que la ilegalidad sólo queda demostrada al final del proceso?

La oportunidad de la procedencia la dá la ley y nó el proceso. Si el requisito es la comparación y de ésta resulta al menos la contradicción, existe la posibilidad de suspenderse el acto de conformidad con la normatividad vigente.

2. El artículo 1º del Acuerdo 046 de 11 de febrero de 1993 viola lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 44 de 1990 que prohíbe establecer tributos cuya base gravable sea el avalúo catastral, pues aquél crea un aumento del impuesto predial con la base gravable prohibida y lo destina a un fondo diferente al que tiene el impuesto predial unificado, contrariando así una disposición clara y concisa de dicha ley.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para una mejor comprensión del aspecto debatido es menester confrontar el texto de las disposiciones en supuesto conflicto.

Estatuye el artículo 1º del Acuerdo Nº 046 de 11 de febrero de 1993, del Concejo Municipal de Pasto:

``...Créase el fondo de manejo y ordenamiento de Cuencas Hidrográficas del municipio de Pasto, como una cuenta especial que será transferida a Empopasto S.A. para su inversión.

El fondo se formará mediante un aumento del impuesto predial unificado así:

Avalúo Catastral	**Valor del Aumento**
0 -1.000.000	1 por mil
1.000.001. -2.000.000	1.25 por mil
2.000.001. -3.000.000	1.75 por mil
3.000.001. -5.000.000	2.25 por mil
5.000.001.y más	2.75 por mil
predios no edificados	3 por mil

Por su parte, el artículo 2º de la Ley 44 de 1990 preceptúa:

``**Administración y recaudo del impuesto.** El Impuesto Predial Unificado es un impuesto del orden municipal.

La administración, recaudo y control de este tributo corresponde a los respectivos municipios.

Los municipios no podrán establecer tributos cuya base gravable sea el avalúo catastral y cuyo cobro se efectúe sobre el universo de predios del municipio, salvo el Impuesto Predial Unificado a que se refiere esta ley´´.

Este precepto regula el Impuesto Predial Unificado, el cual, según el artículo 1º de la citada ley, está conformado por los impuestos predial, de parques y arborización, de estratificación socioeconómica y la sobretasa de levantamiento catastral.

De la lectura del acto acusado emerge con claridad que el Fondo de Manejo y Ordenamiento de Cuencas Hidrográficas del municipio de Pasto se nutre de un aumento que va del 1 por mil al 3 por mil sobre la base del avalúo catastral: de 0 a $ 5.000.001, y más.

Como quiera que el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 44 de 1990 prohíbe a los municipios establecer tributos cuya base gravable sea el avalúo catastral, exceptuado el Impuesto Predial Unificado, se concluye sin mayor esfuerzo mental que el artículo 1º enjuiciado infringe dicho precepto ya que aún cuando dice aumentar el impuesto predial unificado sólo está estableciendo un aumento del impuesto predial, pues tiene en cuenta únicamente el avalúo catastral, y desatiende los demás impuestos y sobretasa que conforman aquél, que es sobre el cual pueden los municipios crear tributos sobre la base del avalúo catastral, por expreso mandato del inciso 3º en comento.

Ante la infracción manifiesta puesta de presente, se justifica la revocatoria de la providencia apelada, como en efecto se hará en la parte resolutiva de este proveído.

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

RESUELVE:

REVOCASE el auto apelado, y, en su lugar se dispone: DECRETASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 1º del Acuerdo Nº 046 de 11 de febrero de 1993, expedido por el Concejo Municipal de Pasto.

Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día 1º de julio de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñóz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano,* Ausente

MINISTERIO DE COMUNICACIONES- Reestructuración/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES- Temporalidad

La función de reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva que dimana del expresado artículo transitorio, que lleva ínsitas las de supresión de empleos y de modificación de plantas de personal, sólo podía ejercerla el gobierno en el plazo improrrogable de dieciocho meses -que venció el 7 de enero de 1993- y cumplido éste regresaba a su titular permanente, que es el Congreso de la República (artículo 150 numeral 7º de la Constitución Política). DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la expresión: ``...dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo´´, contenida en el artículo 25 del Decreto 2122 de 29 de diciembre de 1992.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.-Santafé de Bogotá, D.C. dos (2) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *DoctorRafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº 2393. Acción: Nulidad. Actor: Alirio Uribe Muñoz.

El ciudadano y abogado ALIRIO URIBE MUÑOZ, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a demandar la nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 1º, en sus numerales 14, 16 a 22, 2º, 4º, en sus numerales 1º, 2º, 4º, 7º, 8º y 8º a 28 del Decreto 2122 del 29 de diciembre de 1992 ``por el cual se restructura el Ministerio de Comunicaciones´´, expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

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 ordenar su admisión y así se ordenará en la parte resolutiva de este proveído.

II. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II. 1. Presentada dentro del texto del libelo demandatorio, aparece sustentada, en esencia, así:

Primer cargo. El Decreto 2122 de 29 de diciembre de 1992 viola el artículo 8º, en concordancia con los artículos 75, 95 ordinal 8º y 101 de la Constitución Política de Colombia, que impone al Estado y a todos los colombianos proteger las riquezas naturales de la Nación.

Es el Estado el primero llamado a proteger los bienes nacionales como el espectro electromagnético, y no como lo hace el Decreto 2122 que lejos de garantizar la igualdad en su uso promueve una competencia en perjuicio de TELECOM que desnaturaliza el servicio público de las telecomunicaciones y traslada ese servicio fundamental para el desarrollo del país a los inversionistas nacionales y extranjeros (multinacionales) inspirados en el ánimo de lucro que es contrario a los intereses del país.

Segundo cargo. El Decreto 2122 viola el artículo 13 de la Constitución Política al facilitar la prestación de los servicios por agentes privados tanto nacionales como extranjeros (multinacionales) que buscan solamente lucrarse de la prestación del servicio público y terminarán por no prestar los servicios no rentables como la telefonía rural, entre otros, en detrimento de los sectores marginados y más pobres del país promoviendo un desarrollo desigual, rompiendo el principio de subsidiar los servicios públicos para los sectores más débiles y el carácter de universalidad que deben tener servicios públicos como el de la telecomunicación.

Tercer cargo. Las normas impugnadas del Decreto 2122 de 1993 son contrarias al artículo 75 de la Constitución Política, que prevé: ``...Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético´´. Por el contrario las disposiciones del decreto lo que hacen es privatizar las TELECOMUNICACIONES mediante las habilitaciones, contratos, autorización a los particulares para la utilización de la red de telecomunicaciones, concesión para la prestación de servicios, etc.

La competencia para evitar esas prácticas monopolísticas es exclusiva del Congreso Nacional por cuanto este artículo de la Constitución ordena que es mediante leyes (LEY) y no mediante decreto del Gobierno Nacional que se debe evitar ese mal.

Por lo tanto, en concordancia con el artículo transitorio 20, el presidente se arrogó facultades inexistentes violando en forma flagrante la constitución.

Cuarto cargo. El Decreto 2122 en el artículo 2º, en su parágrafo, crea la Unidad Administrativa denominada comisión de regulación de telecomunicaciones, extralimitándose el Gobierno Nacional al invadir así una competencia exclusiva del congreso claramente establecida en el ordinal 7º del artículo 150 de la constitución.

Se viola esta norma ya que crear una nueva entidad administrativa solamente lo puede hacer el Congreso mediante una ley. Invadió el gobierno así la competencia privativa que por mandato constitucional se le otorgó al Congreso para crear este tipo de entidades, por tanto aquél ni tenía esa facultad constitucional ni tampoco le fue otorgada de manera transitoria por el artículo transitorio 20 de la Carta.

Quinto cargo. Las disposiciones del Decreto 2122 violan el artículo 209 de la Constitución pues contribuyen a romper el monopolio de las comunicaciones en cabeza del Estado. Si la finalidad de la restructuración es poner al Ministerio de Comunicaciones en consonancia con los principios de esta norma constitucional y en especial con los de igualdad y eficiencia encontramos que esa motivación y justificación no se dan en el caso de la restructuración propuesta, pues es necesario una ley de gestión en los términos propuestos por los trabajadores y como consta en los acuerdos suscritos con el Gobierno Nacional. El Decreto 2122 contribuye a la desigualdad, inmoralidad, ineficacia y al caos en la prestación del servicio de telecomunicaciones, como sería la dificultad para la coordinación e interconexión nacional e internacional de múltiples redes estatales y particulares, con diferentes tecnologías y con disímiles intereses, las primeras en aras de prestar un servicio público y los otros con afán de lucro.

Sexto cargo. El Gobierno Nacional con el parágrafo del artículo 2º del Decreto 2122 viola el artículo 210 de la Carta, porque creó una nueva entidad del orden nacional, COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, entidad que sólo podía ser creada por la ley o con precisas facultades autorizadas por ésta.

Séptimo cargo. Hubo violación del artículo transitorio 20, en concordancia con los artículos 113, 150 numeral 7º y 237 numeral 3º de la Constitución Política, por cuanto el Gobierno Nacional expidió los decretos de modernización sin tener en cuenta que debía oír necesariamente la evaluación y recomendaciones de la Comisión de Expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado.

No se acataron las recomendaciones de la Comisión de Expertos, porque ésta consideró que no era viable hacer una reforma ordinaria del Ministerio de Comunicaciones, la creación de la Unidad Administrativa ya referida, promover la competencia, entre otras, que se desprenden de memorandos globales enviados al ejecutivo y que no fueron acatados.

El Gobierno Nacional cuando restructuró el Ministerio de Comunicaciones no observó los términos de 18 meses, que imponía el artículo transitorio 20 de la Constitución, prolongando en tres meses más las atribuciones que le fueron conferidas para realizar la restructuración. De esta forma se violan los artículos 4º y el transitorio 20 de la Constitución.

La restructuración de la entidad se debió efectuar dentro del término de 18 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la Carta, o sea, el 7 de julio de 1991 y se venció el día 7 de enero de 1993.

El artículo 25 del Decreto 2122 de 1992 prolongó arbitrariamente en seis meses más las atribuciones para restructurar. De esta forma este artículo es manifiestamente inconstitucional y viola ostensiblemente los artículos 4º y transitorio 20 de la Carta.

II. 2. Consideraciones de la Sala

1. En primer lugar, reitera la Sala, como lo ha venido haciendo en otras providencias, su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el artículo transitorio 20, como el 2122 de 29 de diciembre de 1992 demandado, en aplicación de la cláusula residual de competencia consagrada en el ordinal 2º del artículo 237 de la Constitución Política.

2. En lo concerniente a los cargos de violación hechos por el actor serán analizados en el mismo orden en que fueron planteados, así:

Sobre los cargos primero, segundo, tercero y quinto la Sala observa que no tienen vocación de prosperidad habida cuenta que el demandante no precisó en forma concreta cuáles de los artículos acusados quebrantan en forma manifiesta las normas constitucionales invocadas en la demanda. No puede olvidarse al respecto que, al tenor del numeral 2º del artículo 152 del C.C.A., la medida precautoria solamente puede prosperar al establecer la violación manifiesta mediante la confrontación directa de cada uno de los artículos acusados con las correspondientes normas superiores de derecho que se aducen en el libelo demandatorio.

Sobre los cargos cuarto y sexto cabe anotar que tampoco pueden prosperar ya que habría necesidad de hacer un estudio de fondo, propio de la sentencia de mérito y no de esta etapa inicial del proceso, que permita esclarecer si de las facultades conferidas al Gobierno Nacional a través del artículo transitorio 20 se deriva la de crear entidades, como la Unidad Administrativa Especial denominada Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, a que se refiere el artículo 2º con su parágrafo acusado. Resulta pertinente poner de presente que los decretos dictados con fundamento en el citado artículo transitorio tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley e implican el ejercicio de facultades temporales, que una vez vencido el plazo

de dieciocho meses regresaron a sus titulares permanentes, esto es, al Congreso, al mismo gobierno y a otras autoridades administrativas, según la Constitución o la ley.

Sobre el séptimo y último cargo cabe tener en cuenta que se refiere a dos aspectos: en cuanto al primero, no resulta atendible ya que para la Sala, como lo ha sostenido en diversos pronunciamientos, es necesario un estudio de fondo, impropio de esta etapa inicial del proceso, en orden a esclarecer si la Comisión de Expertos o Asesora a que se refiere el artículo transitorio 20 se conformó o no, si hubo consenso en su seno y cuál es el valor y alcance de las recomendaciones de la misma.

Sobre el segundo aspecto, esto es, que el gobierno cuando restructuró el Ministerio de Comunicaciones no observó el término de dieciocho meses previsto en el artículo transitorio 20 de la Constitución, la Sala advierte que dicha censura la particulariza el actor en el artículo 25. Dicho cargo resulta atendible por cuanto, como se ha sostenido en providencias anteriores, la función de restructurar las entidades de la rama ejecutiva que dimana del expresado artículo transitorio, que lleva ínsitas las de supresión de empleos y de modificación de plantas de personal, sólo podía ejercerla el gobierno en el plazo improrrogable de dieciocho meses -que venció el 7 de enero de 1993- y cumplido éste regresaba a su titular permanente, que es el Congreso de la República (artículo 150 numeral 7º de la Constitución Política).

Por ello deberá suspenderse provisionalmente la expresión "...dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo..." del citado artículo 25 por cuanto transgrede claramente la aludida norma constitucional al prever que se pueda modificar la planta de personal en un término superior al plazo ya enunciado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

RESUELVE:

I. Admítese la demanda presentada por el ciudadano y abogado ALIRIO URIBE MUÑOZ contra el Decreto 2122 de 29 de diciembre de 1992. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b) Notifíquese personalmente, en calidad de demandados, a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Comunicaciones y de Trabajo y Seguridad Social, a los señores directores del Departamento Nacional de Planeación y Administrativo de la Función Pública. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

c) Fíjese el proceso 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 a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República 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 indicado 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 actor la suma de cinco mil pesos ($ 5.000) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II. Tiénese como demandante al ciudadano y abogado ALIRIO URIBE MUÑOZ y como demandados a la Nación -Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Comunicaciones y de Trabajo y Seguridad Social, y al Departamento Nacional de Planeación y Departamento Administrativo de la Función Pública-.

III. Decrétase la suspensión provisional de los efectos de la expresión ``.... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo´´, contenida en el artículo 25 del Decreto 2122 de 29 de diciembre de 1992.

IV. Deniégase la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 1º de julio de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Por medio de la providencia del 7 de septiembre de 1993, **se revocó** la suspensión provisional anterior.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL-Reestructuración/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Temporalidad

El término de 18 meses otorgado al Gobierno Nacional por el artículo transitorio 20 de la Carta Política tiene carácter perentorio y precluyó el 7 de enero de 1993. Por esta razón el señalar los artículos 24 y 27 un plazo de seis meses siguientes a la vigencia del decreto acusado para llevar a cabo el programa de supresión de empleos y el establecimiento de la planta de personal en la entidad objeto de restructuración constituye una ampliación o prórroga del mismo. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las expresiones ``..dentro de los seis (6) meses siguientes la (sic) vigencia del presente decreto´´ y ``...dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia del presente decreto´´, contenidas en los artículos 24 y 27 respectivamente del Decreto 2169 de 1992.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. quince (15) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente Nº 2451. Acción: Nulidad. Actora: María Consuelo Trujillo García.

La ciudadana MARIA CONSUELO TRUJILLO GARCIA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta corporación la declaratoria de nulidad del Decreto 2169 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el 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

Solicita la actora el decreto de suspensión provisional del acto acusado con base en las siguientes razones:

1. El Gobierno Nacional no está facultado para prorrogar el término otorgado en el artículo transitorio 20.

2. Los empleados de carrera gozan de unos beneficios constitucionales como estabilidad en el empleo que no se pueden menoscabar, y el artículo transitorio 20 no autoriza la supresión de empleos y despidos en masa.

3. El Gobierno Nacional no está facultado para imponer cargas al tesoro público.

4. El decreto acusado es inconstitucional porque las funciones de administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos por virtud del artículo 130 de la Constitución Política le corresponden a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Para resolver SE CONSIDERA:

Sea lo primero reiterar una vez más que esta Corporación es competente para conocer de las acciones por inconstitucionalidad frente a los decretos dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de la atribución conferida en el artículo transitorio 20, en virtud de lo dispuesto en el artículo 237 numeral 2º de la Carta Política, habida cuenta que el control sobre los mismos no le fue asignado a la Corte Constitucional.

Frente a los cargos de violación manifiesta aducidos por la actora, la Sala estima lo siguiente:

1. En relación con el primer cargo cabe advertir que esta Corporación en diversos pronunciamientos ha expresado que el término de 18 meses otorgado al Gobierno Nacional por el artículo transitorio 20 de la Carta Política tiene carácter perentorio y precluyó el 7 de enero de 1993. Por esta razón el señalar los artículos 24 y 27 un plazo de 6 meses siguientes a la vigencia del decreto acusado para llevar a cabo el programa de supresión de empleos y el establecimiento de la planta de personal en la entidad objeto de reestructuración, constituye una ampliación o prórroga del mismo y por ello, en la parte resolutiva de esta providencia, habrá lugar a decretar la suspensión provisional de los efectos de las expresiones que contienen dicha ampliación o prórroga.

2. En lo atinente al segundo cargo que se le endilga al decreto acusado no está llamado a prosperar, dado que la supresión de cargos o empleos es una consecuencia lógica de la facultad de restructurar, suprimir o fusionar las entidades a que se refiere la norma transitoria 20. Ello hace que la supresión de cargos prevista en el acto impugnado *per se* no resulte violatoria de dicha disposición transitoria.

3. El decreto acusado prevé en los artículos 28 a 34 el pago de las indemnizaciones y bonificaciones a que haya lugar como consecuencia de la supresión de cargos o empleos que operó en la entidad restructurada.

El artículo 39 *ibidem* estatuye que el Gobierno Nacional efectuará las operaciones y traslados presupuestales para tales efectos.

Según la actora el Gobierno Nacional no está facultado para imponer cargas al tesoro público. Al respecto cabe hacer la siguiente precisión:

Conllevando la facultad de restructurar ínsitamente, como ya se dijo, la potestad de suprimir cargos o empleos, es lógico entender que para que ésta pueda efectuarse ha de preverse el pago de indemnizaciones o bonificaciones que necesariamente afectan el tesoro público.

La Carta Fundamental no prohíbe imponer obligaciones con cargo al tesoro público como pretende afirmar la demandante, sino que lo que aquélla persigue es que tales obligaciones no excedan el monto global fijado en la ley de apropiaciones iniciales. De tal manera que sólo en la medida en que las operaciones y traslados presupuestales previstos en el artículo 39 del decreto en mención excedan dicho monto global, podrá decirse que se han quebrantado las disposiciones constitucionales, y como este aspecto resulta ajeno a la controversia, no es procedente acceder a la solicitud impetrada.

4. Finalmente y en cuanto concierne al cargo de violación del artículo 130 de la Constitución Política, observa la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad ya que el artículo 3º del decreto enjuiciado consagra dentro de las funciones del Departamento Administrativo de la Función Pública la de ``Apoyar la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones´´, lo cual hace que no se esté desconociendo por parte de la entidad restructurada la comisión a que hace referencia el mencionado artículo 130.

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

RESUELVE:

1. ADMITESE la demanda presentada por la ciudadana MARIA CONSUELO TRUJILLO GARCIA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el Decreto 2169 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Departamento Administrativo del Servicio Civil. En consecuencia se dispone:

a) NOTIFIQUESE personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante lo contencioso de esta Corporación.

b) NOTIFIQUESE personalmente con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

c) FIJESE el proceso en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C.C.A.

d) DEPOSITE la actora en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos ($ 5.000), para atender los gastos ordinarios del proceso.

e) SOLICITESE a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, el envío de los antecedentes administrativos.

2. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de las expresiones ``... dentro de los seis (6) meses siguientes la (sic) vigencia del presente decreto´´ y ``... dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia del presente decreto´´, contenidas en los artículos 24 y 27 respectivamente del Decreto 2169 de 1992.

4. DENIEGASE la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñóz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA:. Por medio de la providencia del 11 de noviembre de 1993, se leventó la suspensión provisional anterior.

SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL-Clasificación/CENSO NACIONAL DE POBLACION

Para efectos de la clasificación que se hizo en el acto acusado ha debido tenerse en cuenta el censo nacional de población y vivienda realizado el 15 de Octubre de 1.985, el cual arrojó para el Municipio de Florencia un total de 87.542 habitantes, resultado éste que obligaba a clasificar a la Secretaría de Tránsito y Transporte de la citada entidad territorial en la clase ``B´´, conforme al artículo 2º literal c de la Resolución 02444 de 1.989, en armonía con el artículo transitorio 54 de la Carta. DECLARA LA NULIDAD de la Resolución Nº 01981 del 10 de abril de 1.992 ``por la cual se inscribe, clasifica y se fija un código a la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia (Caquetá)´´, expedida por la Dirección Nacional de Transporte y Tránsito.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá D.C., dieciseis (16) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñóz.*

Referencia: Expediente N° 2127. Acción : Nulidad.. Actor : Nelson Calderón Molina.

El ciudadano y abogado NELSON CALDERON MOLINA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a que se declare la nulidad de la Resolución Nº 01981 del 10 de Abril de 1.992 ``Por la cual se inscribe, clasifica y se fija un código a la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia (Caquetá)´´, expedida por la Dirección General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

I-. CAUSA PETENDI

Como normas violadas se señalan los artículos 4º y transitorio 54 de la Constitución Política y la Resolución N° 02444 de 28 de Diciembre de 1.989, emanada de la Dirección General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

Para fundamentar los cargos de violación aduce, en esencia, lo siguiente:

1. Con el acto acusado se vulnera el artículo 4º de la carta ya que para el Director del INTRA era imperativo acatar y exigir el cumplimiento del artículo transitorio 54 *ibidem* que manda que para todos los efectos constitucionales y legales solamente ha de tenerse en cuenta el resultado del Censo Nacional de Población y Vivienda efectuado el 15 de Octubre de 1.985.

En este caso a la petición de inscripción y clasificación de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia elevada por el señor Alcalde Mayor mediante Oficio Nº 1018 de 5 de Diciembre de 1.991, se adjuntó una certificación del DANE sobre el índice de población del Municipio de Florencia, proyectada a 1.990 y 1.995.

Según el censo efectuado el 15 de Octubre de 1.985, el Municipio de Florencia, capital del Departamento del Caquetá, tenía una población de 87.542 habitantes y en acatamiento al precepto constitucional citado con este índice de población la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia solamente podía ser clasificada como clase B, de acuerdo con los requisitos exigidos en el literal c. del artículo 2º de la Resolución del INTRA Nº 02444 de 28 de Diciembre de 1.989, que resulta también violada por el acto acusado.

2. Como no se allegó prueba del número de habitantes del Municipio de Florencia conforme al artículo transitorio 54, el acto acusado adolece de una ilegal motivación.

3. No existían motivos de conveniencia pùblica que justificaran la creación de otro organismo de Tránsito y Transporte, por cuanto actualmente viene operando el Instituto Departamental de Transporte y Tránsito que cumple las funciones que le han sido otorgadas a la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal.

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, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1-. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito-INTRA-, por conducto de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones argumentando, en síntesis, lo siguiente:

1. Si bien es cierto que la Constitución Polìtica en su artículo transitorio 54 prescribe: ``Adóptanse, para todos los efectos constitucionales y legales, los resultados del censo nacional de población y vivienda realizado el 15 de octubre de 1.985´´, no lo es menos que la Resoluciòn Nº 02444 de 28 de Diciembre de 1.989 en su artículo 2º señala los requisitos para que los organismos de Tránsito y Transporte Municipales sean clasificados, exigiendo en el literal c) ``certificación del DANE que demuestre que el Municipio cuenta con uno de los siguientes índices de población...´´, de donde se colige que esta Resolución en atención al artículo 1º de la misma Constitución dá aplicación a la descentralización administrativa, estableciendo requisitos especiales para clasificar los citados organismos, entre ellos, los certificados expedidos por el DANE, sin limitación alguna distinta de lo consagrado en el artículo 54 transitorio, y por ello la expresada Resolución 02444 no está vulnerando lo que la Carta Magna estatuye.

2. Debe tenerse en cuenta que la Resolución 02444 fué expedida bajo la vigencia de la Constitución de 1.886 la cual no contemplaba limitación alguna para los índices de población emitidos por el DANE, es decir, se ajusta al ordenamiento positivo como quiera que no ha sido derogada ni suspendida en ninguna de sus partes, consecuencialmente goza de la presunción de legalidad y por el contrario en élla se desarrollan los artículos 1º y 311 de la actual Carta Política.

Al no tenerse en cuenta la certificación del DANE para 1.990 y atenerse a las estadísticas de 1.985, se estaría dejando de contabilizar un lapso de 5 años en los cuales debió aumentarse necesariamente la población.

3. El artículo 11 de la Ley 53 de 1.989 desvirtúa la afirmación del actor en cuanto a la no conveniencia de la creación de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia.

4. A través de la Resolución acusada el Director del INTRA arguyó el ejercicio de las facultades conferidas en la Ley 53 de 1.989 como de la Resolución Nº 02444 del mismo año y por tanto no se advierte discordancia entre el acto acusado y las normas superiores, ya que esta última Resolución citada exige para determinar las categorías de los organismos de tránsito y transporte municipales del índice poblacional certificado por el DANE con incrementos porcentuales.

III. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidaria de que se denieguen las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

1. Para la creación de organismos de tránsito y transporte la Resolución Nº 02444 de 1.989 determinó los requisitos que debían reunir los municipios, dentro de los cuales está la demostración del índice de población.

2. Los datos demográficos no son estáticos y por esta razón se requiere de la certificación del DANE que es el organismo autorizado para ello.

3. El artículo 54 transitorio tuvo como único fin permitir o garantizar el tránsito ordenado de una Constitución a otra y según se lee en el libro de Carlos Lleras De la Fuente ``Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia´´, el censo de población de 1.985 se aprueba para permitir la actualización de la representación a la Cámara por Departamentos y dicho artículo ya agotó sus efectos.

4. No tiene razón el actor en cuanto a que no había motivos de conveniencia pública para crear la Secretaría de Tránsito y Transporte de Florencia, pues la normatividad vigente presenta una tendencia cada vez mayor al proceso de descentralización administrativa.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A través de la Resolución N° 01981 de 10 de Abril de 1.992 la Dirección General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito inscribió y consecuencialmente clasificó a la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia (Caquetá) en la clase A, le fijó el código Nº 251 y le asignó las funciones correspondientes a su categoría o clase.

Dicha Resolución tiene como fundamento la Ley 53 de 1.989 y la Resolución Nº 02444 de 28 de Diciembre del mismo año, expedida por la Dirección General del INTRA. Conforme al artículo 5º de la expresada Ley el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito tiene la facultad de fijar las pautas a que debe sujetarse la creación y funcionamiento de los organismos de transporte y tránsito. En desarrollo de él se expidió la aludida Resolución, la cual en su artículo 2º literal c requiere para clasificar a los organismos de tránsito y transporte municipal creados ``...Certificación del DANE que demuestre que el municipio cuenta con uno de los siguientes índices de población: Para categoría ``A´´ una población igual o superior a 100.000 habitantes; entre 100.000 y 50.000 para categoría ``B´´...´´.

En el evento *sub lite* para clasificar a la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia (Caquetá) en la clase ``A´´ se tuvo en cuenta por el INTRA el índice de población de la citada ciudad proyectada a 1.990 y 1.995 de 102.180 y 118.027 habitantes, respectivamente (folios 10 y 11 y 14).

El artículo transitorio 54 de la Constitución Política ADOPTO PARA TODOS LOS EFECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES los resultados del censo nacional de población y vivienda realizado el 15 de Octubre de 1.985.

La disposición enunciada es clara y precisa y no da lugar a hesitación alguna en cuanto a dos aspectos:

El primero, que el empleo de la expresión ``para todos los efectos constitucionales y legales´´ debe entenderse en el sentido que no existe situación alguna que guarde relación con el número de habitantes o población que pueda sustraerse a los resultados del censo nacional de población y vivienda realizado el 15 de Octubre de 1.985.

El segundo, que a través del precepto enunciado se constitucionalizó y legalizó el resultado del número de habitantes que arrojó el expresado censo, de tal manera que ninguna autoridad legislativa, ejecutiva o judicial pudiera desconocerlo en el cumplimiento de sus funciones. Tal institucionalización implica que en materia de población o número de habitantes no puede tenerse en cuenta la proyección, índice, variación o tasas de crecimiento exponencial de la población censada, pues ello desconoce clara y ostensiblemente la regulación del precepto constitucional transitorio en referencia.

Significa lo precedente que para efectos de la clasificación que se hizo en el acto acusado ha debido tenerse en cuenta el censo nacional de población y vivienda realizado el 15 de Octubre de 1.985, el cual arrojó para el Municipio de Florencia un total de 87.542 habitantes (folio 12), resultado éste que obligaba a clasificar a la Secretaría de Tránsito y Transporte de la citada entidad territorial en la clase ``B´´, conforme al artículo 2º literal c. de la Resolución 02444 de 1.989, en armonía con el artículo transitorio 54 de la Carta.

Debe, en consecuencia, decretarse la nulidad del acto enjuiciado.

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

FALLA:

DECLARASE la nulidad de la Resolución Nº 01981 de 10 de Abril de 1.992 ``Por la cual se inscribe, clasifica y se fija un código a la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia (Caquetá), expedida por la Dirección General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

DEVUELVASE la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de julio de 1.993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñóz, Yesid Rojas Serrano, Gilberto Peña Castrillón,* Conjuez.

SUSPENSION PROVISIONAL-Adición/DEMANDA-Adición

Si bien es cierto que el artículo 208 del C.C.A. confiere facultad al demandante para que por una sola vez pueda aclarar o corregir la demanda hasta el último día de la etapa de fijación en lista, también lo es que dicho precepto no contempla dicha atribución respecto de la solicitud de suspensión provisional. Solamente ha aceptado que se adicione la solicitud de suspensión provisional en el evento en que haya operado igual acto procesal de actor respecto de la demanda.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. dieciseis (16) de Julio de mil novecientos noventa y tres (1.993).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente N° 2284. Acción : Nulidad. Actor : Hector Pablo Ramírez Sandoval.

El actor, en escrito presentado dentro del término de fijación en lista, manifiesta que adiciona la demanda ``agregando al capítulo que trata de la Suspensión Provisional´´ la solicitud de que se decrete la medida precautoria del artículo sexto de la Resolución Nº 000099 de 20 de Julio de 1.992, por medio de la cual el señor Fiscal General de la Nación delegó unas funciones.

Como fundamento de su petición aduce que en el capítulo de la demanda principal titulado ``LA RESOLUCION UN ACTO DE CARACTER GENERAL´´ sostuvo que el expresado artículo sexto viola en forma ostensible y diáfana los artículos 43 del C.C.A., 1o., 2º y 8º de la Ley 57 de 1.985 y 52 del C. de R.P. y M., y para sustentar la adición impetrada hace una confrontación directa entre aquél y éstos.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA :

Si bien es cierto que el artículo 208 del C.C.A. confiere facultad al demantante para que por una sola vez pueda aclarar o corregir la demanda hasta el último día de la etapa de fijación en lista, también lo es que dicho precepto no contempla dicha atribución respecto de la solicitud de suspensión provisional.

Cabe tener en cuenta que en relación con esta última el numeral 1º del artículo 152 *ibidem* es muy claro en preceptuar que élla solamente se puede impetrar ``**en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida**´´ (las negrillas son de la Sala).

Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto la improcedencia de la petición del actor, dada la admisión de la demanda con anterioridad a su escrito, por lo cual habrá de denegarse.

La Sala estima pertinente advertir sin embargo que solamente ha aceptado que se adicione la solicitud de suspensión provisional en el evento en que haya operado igual acto procesal del actor respecto de la demanda. Para ello ha tenido en cuenta que aquélla debe descansar en la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamente de ésta, conforme lo exige el numeral 2º del ya mencionado artículo 152, lo cual no acontece en el caso *sub examine.*

Por lo demás, no puede perderse de vista que la solicitud de la medida precautoria está supeditada a la demanda; mientras ésta tiene un carácter principal, aquélla es accesoria.

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

RESUELVE:

DENIEGASE, por improcedente, la adición de la solicitud de suspensión provisional presentada por el actor

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de Julio de 1.993.-

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñóz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

FRAUDE A LA RENTA DEPARTAMENTAL / JUEZ DE RENTAS-Naturaleza de sus Actos/CONTRAVENCION ADMINISTRATIVA/ACTO ADMINISTRATIVO

La facultad de reprimir y castigar el fraude a las rentas entraña la de establecer contravenciones administrativas. Las conductas sancionadas en las decisiones acusadas son las descritas en los artículos 13, 125, 180 y 286 de la ordenanza 016 de 1988 (Código de Rentas del Departamento de Nariño), y constituyen contravenciones administrativas. Siendo ello así, forzoso es concluír que tales actos, emanados de los Jueces de Rentas en cumplimiento de la función de reprimir y castigar el fraude a las rentas, que la ley le ha otorgado a las Asambleas Departamentales para que la regulen a través de sus Códigos de Rentas o Fiscales, tienen el carácter de actos administrativos, y, por tal razón, son susceptibles de control ante esta jurisdicción.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de Julio de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente N° 2416. Recurso de apelación contra el auto de 15 de Abril de 1.993, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño. Actor: Henry Neyra Marin.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra el auto de 15 de Abril de 1.993, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante el cual se rechazó la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. El señor HENRY NEYRA MARIN, 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 Nariño a presentar demanda para que se hagan las siguientes declaraciones:

a) Que son nulas las providencias de 25 de Noviembre de 1.992, expedidas por el Juzgado de Rentas del Departamento de Nariño-Distrito de Pasto, mediante las cuales se declaran como bienes del Departamento de Nariño 41.822 medias botellas y 6.893 botellas de aguardiente cristal decomisadas en los sumarios Nos.4420 y 4421 seguidos en contra de SOOTRASUR y TRANSPACIFICO.

b) Que son nulas las actas administrativas ``sentencias´´ proferidas en primera y segunda instancia por los Juzgados Distrital y Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento de Nariño, mediante las cuales se condena y ordena el decomiso del aguardiente cristal antes mencionado.

c) Que se restablezca el derecho del actor ordenando el reintegro en su totalidad de la mercancia o la retribución de su valor comercial, en caso de haberse dispuesto de ella, que de acuerdo con el avalúo del acta de entrega Nº 041 de 1º de Diciembre de 1.992, efectuado por el Juzgado de Rentas del Departamento de Nariño-Distrito de Pasto, asciende a la suma de $38.925.600.oo.

d) Que se condene al Departamento de Nariño, por fallas de la Administración, a pagar a favor del actor por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) la suma de $10.000.000.oo más el incremento legal hasta cuando se termine el proceso; y por perjuicios morales mil gramos de oro fino, teniendo en cuenta el prestigio del comerciante y los daños inferidos con la sentencia condenatoria.

e) Que se ordene dar cumplimiento al fallo dentro de los 30 días siguientes a la comunicación.

f) Que se ordene repetir contra los funcionarios responsables ante el Departamento de Nariño, de acuerdo con el artículo 77 del C.C.A.

I.2-. Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 2°, 4°, 6°, 25, 29, 34, 38, 58, 84, 90 y 116 de la Constitución Política; 2°, 9°, 13, 20, 22 y 340 del C. de P.P.; Ordenanza Nº 16 de 1.988 y artículos 4°, 11, 13, 125, 126, 180, 284 y 286 del Código de Rentas.

II-. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para rechazar la demanda consideró el *a quo,* en síntesis, lo siguiente:

1. La acción de restablecimiento del derecho incoada que tiende a conseguir la nulidad de determinaciones tomadas por los Juzgados de Rentas del Departamento de Nariño no tiene cabida ante las autoridades jurisdiccionales de lo Contencioso Administrativo, pues no se trata de actos, hechos, omisiones, operaciones administrativas y contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas.

2. Contra los actos jurisdiccionales no opera el control jurisdiccional contencioso administrativo porque ellos están dotados también de su propio control de legalidad a través de los recursos consagrados en la legislación procesal y que difieren según la índole de la providencia. Por ello las providencias judiciales dictadas en procesos de policía, dentro de los cuales se incluye a los seguidos por los Jueces de Rentas, están excluídos de dicho control.

3. Las determinaciones demandadas son verdaderas providencias judiciales, están traducidas en dos sentencias, una del Juzgado Distrital de Rentas y otra del Juzgado Superior, y en un auto de igual fuerza, toda vez que las primeras traen consigo una condena para la empresa transportadora del aguardiente como una calificación en cuanto al delito o contravención imputable y la orden de decomiso y pérdida de la mercancía; y el segundo, esto es, el auto, la determinación de que tales bienes que constituyen ``fraude a las rentas departamentales´´ sean considerados como bienes de la entidad territorial correspondiente y por consiguiente susceptibles de ser vendidos por el Fondo Rotatorio del Resguardo de Rentas.

4. Las actuaciones cumplidas por los Juzgados de primera y segunda instancia fueron el resultado del adelantamiento de un trámite autorizado por la Ordenanza 016 de 1.988 y de la cual tuvieron aplicación preferencial los artículos 13, 125, 180, 221, 222, 231 y 286.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Las censuras de la parte actora aparecen cimentadas principalmente en los siguientes razonamientos:

1. La ley ha establcido qué autoridades ejercen jurisdicción, y dentro de ellas no se encuentran los ``Jueces de Rentas Departamentales´´. La ley también ha creado una jurisdicción especial a las autoridades de policía (Decreto 1355 de 1.970) y las sentencias que éstas emiten sí tienen el carácter de jurisdiccionales y por lo mismo opera la ``cosa juzgada´´, aun cuando mediante la acción de tutela se pueden revisar cuando se compruebe la manifiesta violación de un derecho.

2. No es justo que contra las decisiones administrativas de los Jueces de Rentas no haya un recurso distinto que el de apelación.

3. Los actos ``sentencias de los jueces de Rentas´´ no forman parte de los llamados actos jurisdiccionales porque no están determinados, creados ni reglamentados por la ley.

4. Para expedir la Ordenanza 16 de 1.988 no existe el mandato constitucional previsto en el artículo 116 y mal puede predicarse entonces que las sentencias de los Jueces de Rentas de Nariño constituyan ``actos jurisdiccionales´´ y darles este calificativo sería desconocer el artículo 4º *ibidem*.

La citada Ordenanza está en contra del referido artículo 116 de la Carta Política y de la ley al coartar el derecho de defensa, pues por el querer de los Diputados no se pueden sustraer sus decisiones del control jurisdiccional.

5. Para que un acto sea denominado jurisdiccional y tenga fuerza de cosa juzgada debe provenir de la Rama Jurisdiccional y por excepción de otras autoridades, pero consagrada expresamente en la Constitución Nacional. Si no es así, no puede atribuírsele tal calificativo.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

El punto de derecho controvertido gira en torno de la naturaleza de los actos enjuiciados.

Las decisiones adoptadas por los Juzgados Distrital de Rentas y Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento de Nariño lo fueron en cumplimiento de la Ordenanza Nº 016 de 1.988, expedida por la Asamblea Departamental de Nariño, la cual no es más que el desarrollo de lo preceptuado en el artículo 62 numeral 15 del C. de R.D., que señala como función de las Asambleas:

> ``**Arreglar todo lo relativo** a la organización, recaudación, manejo e inversión de las rentas del Departamento; a la formación y revisión de cuentas de los responsables y **a la represión y castigo del fraude**´´. (Las negrillas son de la Sala).

Como lo advirtió esta Corporación al pronunciarse sobre la legalidad del Decreto Ordenanzal 1562 de 15 de Agosto de 1.984, expedido por la Gobernación del Departamento de Antioquia (Expediente Nº 1780, Actor: Gustavo Adolfo Caballero Montejo), la facultad de reprimir y castigar el fraude a las rentas entraña la de establecer contravenciones administrativas.

Las conductas sancionadas en las decisiones acusadas son las descritas en los artículos 13, 125, 180 y 286 de la Ordenanza 016 de 1.988 (Código de Rentas del Departamento de Nariño) y constituyen contravenciones administrativas. Siendo ello así, forzoso es concluír que tales actos, emanados de los Jueces de Rentas en cumplimiento de la función de reprimir y castigar el fraude a las rentas, que la ley le ha otorgado a las Asambleas Departamentales para que la regulen a través de sus Códigos de Rentas o Fiscales, tienen el carácter de actos administrativos, y, por tal razón, son susceptibles de control ante esta jurisdicción.

De otra parte, cabe tener en cuenta que el calificativo de acto jurisdiccional no puede estar supeditado al arbitrio del juzgador sino que corresponde al legislador. Así

lo consagró expresamente el artículo 12 del Decreto Ley 2304 de 1.989, modificatorio del 82 del C.C.A. cuando prevé:

> ``...**La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la Ley´´. (Las negrillas son de la Sala).**

La nueva Carta Política en una forma más restrictiva y con igual perspectiva consagró en el inciso 3º del artículo 116 lo siguiente:

> ``...**Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precias a determinadas autoridades administrativas...´´ (Las negrillas son de la Sala).**

Las normas transcritas tornan evidente que el calificativo de jurisdiccional que debe revestir un acto emanado de una autoridad administrativa debe ser objeto de consgración expresa, precisa y excepcional del legislador.

Las consideraciones precedentes justifican la revocatoria del proveído objeto del recurso, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

RESUELVE:

REVOCASE el auto apelado, y, en su lugar, se dispone:

Por ajustarse a las previsiones de los artículos 135 a 142 del C.C.A., ADMITESE la demanda presentada por el señor HENRY NEYRA MARIN, por medio de apoderado. En consecuencia, se ordena:

a) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

b) Notifíquese personalmente al señor Gobernador del Departamento de Nariño;

c) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en el artículo 207 del C.C.A.;

d) Que el demandante deposite la suma de diez mil pesos ($10.000.oo) para atender los gastos ordinarios del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría del Tribunal;

e) Solicítese el envío de los antecedentes administrativos del proceso al Juzgado de Rentas del Departamento de Nariño-Distrito de Pasto en el término de ocho (8) días.

f) Tiénese como demandante al señor HENRY NEYRA MARIN y como su apoderado especial al doctor LIBARDO HERNANDEZ BURBANO; y como demandado al Departamento de Nariño.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de orígen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de Julio de mil novecientos noventa y tres (1.993).-

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñóz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES / ANTENA PARABOLICA / ESPACIO PUBLICO.

Teniendo en cuenta que el artículo es extenso y que en él se toman otras medidas distintas a la prohibición señalada, no había razón para que el *a quo* generalizara la suspensión a todo el contexto, habida cuenta además de que la explicación de la violación por parte del accionante fue deficiente e imprecisa. Esta Sala encuentra procedente la suspensión provisional de la frase que tipifica la violación pero sin extender la medida a toda la disposición puesto que en ella se tocan otros tópicos cuya violación a normas superiores, no ha sido demostrada. SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la frase: ``...no podrán por ningún motivo atravesar el espacio público´´ contenida en el artículo 6º del Decreto 1415 de 1992, expedido por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis de julio de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente N° 2516. Apelación Autos. Actor: Mauricio González M.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 25 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 6º del acto acusado. La demanda fue formulada en ejercicio de la acción pública de nulidad contra los artículos 6º, 9º, 10º y 18º del Decreto Nº 1415 del 28 de octubre de 1992, expedido por la Alcaldía de Cartagena, por medio del cual se reglamenta el procedimiento para la expedición de permisos de funcionamiento de antenas parabólicas destinadas a la recepción privada de señales incidentales de televisión tramitadas por satélite.

EL AUTO APELADO

El auto admisorio de la demanda a que se ha hecho referencia, accede a la solicitud de suspensión provisional contenida en la misma, únicamente en lo que se refiere al artículo 6º del Decreto 1415, expedido por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, que es el acto demandado. La motivación principal que llevó al Tribunal a decretar dicha suspensión, está contenida en el siguiente párrafo (f. 53):

> ´´Un decreto municipal no puede violar el contenido de una norma de superior jerarquía como lo es un decreto de carácter nacional, llegando a prohibir lo que a la postre no resultó vetado en el Decreto Nacional que lo inspiró, por lo cual es del caso decretar la suspensión provisional del artículo 6º demandado porque al declararse la inexequibilidad a que nos hemos referido quedó en contravía a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 1990 (sic) de 1991".

Se refiere así el Tribunal a la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 14 de noviembre de 1991, de la frase final del artículo 17 del Decreto 1900 de 1991 que reza:

> ´´Estas redes no podrán atravesar el espacio público´´.

LA APELACION

El señor apoderado especial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en memorial visible a folio 58 del expediente principal, apela el auto referido, en cuanto decretó la suspensión provisional del artículo 6º del Decreto Nº 1415 de 1992, dictado por el Alcalde de la ciudad.

Son varios los puntos de desacuerdo manifestados por el apelante con la decisión tomado por el *a quo*, los cuales, para los efectos de esta providencia, se resumen así:

1. El Tribunal afianza su determinación en el hecho de ser el artículo 6º del Decreto 1415 precitado, violatorio de los artículos 82 y 338 de la Constitución. Pero se echa de ver, que el artículo 82 de que se habla, establece de modo perentorio, que el Estado está obligado a velar por la protección del **espacio público** y su destinación al uso **común**, el cual prevalece sobre el interés **particular.**

2. El artículo 315 de la misma carta, señala como atribución del Alcalde la de cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, las ordenanzas, los decretos del gobierno, los acuerdos del concejo. Por su parte, la Ley 9ª de 1989, en su artículo 5º, define lo que es **espacio público** y el Decreto 640 de 1937 expedido por el Gobierno Nacional, le impone a los alcaldes la facultad de proceder ´´**inmediatamente**´´ cuando quiera que el espacio público ha sido ocupado ilegítimamente.

3. Cuando el demandante está citando como disposición violada el artículo 82 de la Carta Política, el argumento se vuelve en contra del mismo demandante, por cuanto dicho artículo y el 315, la Ley 9ª de 1989 y el Decreto 640 de 1937, le dan al burgomaestre distrital atribuciones legales y constitucionales para actuar e intervenir e impedir el abuso de la utilización del espacio público. Por otra parte, la facultad que el Decreto 1900 de 1990 da las autoridades municipales de conceder permisos para la instalación de **redes físicas** de distribución para uso particular, asociadas a estaciones terrenas destinadas a la recepción de señales incidentales de televisión transmitidas por satélite, no fue declarada **inexequible** por la sentencia de la Corte en que se fundan, tanto la demanda como el acto reclamado.

4. El segundo inciso del artículo 17 del Decreto 1900 de 1990, **tampoco** fue declarado inexequible por la sentencia de la Corte y allí se dice claramente que la instalación de dichas estaciones y **redes** está sujeta a **permiso del municipio respectivo.**

5. Después de ampliar aún más sus argumentos, anota el recurrente:

> ´´Causa extrañeza que el Tribunal decrete la suspensión total del artículo 6º del Decreto 1415, cuando la expresión "no podrán por ningún motivo atravesar el espacio público" es sólo una parte de dicho artículo´´.

LA SALA CONSIDERA:

Es inocultable la incongruencia en que incurre el juzgador de la primera instancia cuando, en el auto recurrido manifiesta que, ``en cuanto a la suspensión provisional de los demás artículos demandados, la Sala observa que en el acápite correspondiente a esta solicitud, el demandante no explicó el concepto de la violación, lo que impide a la Corporación determinar por su cuenta qué normas superiores fueron violadas por los artículos 9º, 10 y 18 del Decreto 1415, atendiendo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es una justicia rogada...´´, no habiendo sido ello impedimento para que el Tribunal decretara la suspensión provisional del artículo sexto del decreto municipal cuestionado pasando por alto que tampoco sobre esta norma se hizo motivación sustentatoria alguna por parte del solicitante en el capítulo correspondiente de su demanda, excepto cuando hace una tangencial alusión a ``la parte del artículo 17 del Decreto 19900/90 (sic) que fue declarada inexequible´´. (f. 6).

Aún así, aceptando que en gracia de esa somera relación al Decreto 1900 de 1990, el Tribunal decretó la suspensión provisional de la totalidad de su artículo sexto, tal determinación resulta improcedente por lo que seguidamente se explicará:

El acto demandado, Decreto número 1415 de 1992, fue expedido por el señor Alcalde Mayor de Cartagena fundamentándose, entre otras, en las facultades conferidas por el artículo 17 del Decreto 1900 de 1990.

Este artículo en su versión original, reza:

``Para los efectos previstos en este decreto, tampoco forman parte de la red de telecomunicaciones del Estado, las redes físicas de distribución para uso particular asociadas a estaciones terrenas que estén destinadas exclusivametne a la recepción de señales incidentales de televisión transmitidas por satélite. Estas redes no podrán atravesar el espacio público´´.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de noviembre de 1991 (expediente Nº 2337), resolvió:

``Es **inexequible** el artículo 17 del Decreto extraordinario Nº 1900 de 1990 ``por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines´´, en la parte que dice: estas redes no podrán atravezar (sic) el espacio público´´.

Se colige por la fecha del acto demandado, 28 de octubre de 1992, que éste fue dictado con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte de la última frase del artículo 17 del Decreto 1900 de 1990. No obstante, se toma una determinación análoga cuando, en el artículo sexto, al reglamentar lo relativo a las redes físicas o cableado, determina que éstas, ``no podrán por ningún motivo atravesar el espacio público...´´, cuando esta prohibición había sido suprimida en virtud de la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia.

La circunstancia anotada, dió pié para que el Tribunal decretara la suspensión del artículo sexto que se acaba de relacionar, pero no solamente en la frase transcrita, sino en su totalidad. Teniendo en cuenta que el artículo es extenso y que en él se toman otras medidas distintas a la prohibición señalada, no había razón para que el *a quo* generalizara la suspensión a todo el contexto, habida cuenta además de que, como ya se resaltó, la explicación de la violación por parte del accionante fue deficiente e imprecisa.

Es indubitable la discordancia del acto acusado con la norma superior que le sirve de guía y de fundamento. Es así como esta Sala encuentra procedente la suspensión provisional de la frase que tipifica la violación pero sin extender la medida a toda la disposición puesto que en ella se tocan otros tópicos cuya violación a normas superiores, no ha sido demostrada. En consonancia entonces con esta consideración, la Sala revocará la decisión del Tribunal en cuanto decretó la suspensión provisional de la totalidad del artículo 6º del Decreto 1415 de 1992, para en su lugar limitar dicha suspensión a la frase ``...no podrán por ningún motivo atravesar el espacio público´´, contenida en el mencionado artículo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

RESUELVE:

REVOCASE el numeral segundo de la parte resolutiva del auto apelado, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de la totalidad del artículo sexto del Decreto 1415 de 1992, expedido por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, y en su lugar, se decreta la suspensión provisional de la frase: ``... no podrán por ningún motivo atravesar el espacio público´´, contenida en el precitado artículo.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñóz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

INCORA-Reestructuración/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Temporalidad

Con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el Gobierno no podía establecer un término adicional para modificar la estructura interna y la planta de personal del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales, por lo cual el artículo 22 acusado es, desde este punto de vista, manifiestamente contrario a la citada norma fundamental. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 22 del Decreto 2137 de 1992, en la expresión: ``...dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo´´.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C. , diecinueve de julio de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente, *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente N° 2439. Decretos del Gobierno. Actor : Ana Yolanda Sepulveda R.

La ciudadana Ana Yolanda Sepúlveda Rojas, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación para demandar la nulidad del Decreto 2137 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, ``Por el cual se reestructura el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA´´.

LA COMPETENCIA

La Sala reitera su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transi-

torio 20 de la Carta, en virtud de la cláusula residual de competencia consagrada en el ordinal 2º del artículo 237 *ibídem*.

ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Como la demanda reúne los requisitos de ley, debe ser admitida, tal como se dispondrá en la parte resolutiva de este proveído.

La solicitud de suspensión provisional

En capítulo separado de la demanda, la accionante solicita la medida cautelar respecto del Decreto acusado, en la forma que se concreta a continuación:

a) El artículo 22 del Decreto 2137 de 1992 prolongó arbitrariamente en 6 meses y delegó en la Junta Directiva del INCORA las facultades para su reestructuración, violando de esta manera los artículos 4º y transitorio 20 de la Constitución Nacional.

b) La modernización de la entidad no está en consonancia con los mandatos de la Carta Política y, además, se omitieron las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora del Gobierno; violando así los artículos 1, 2, 4 y Transitorio 20 de la Constitución.

c) El artículo transitorio 20 de la Carta Política no le da facultades al Gobierno Nacional para crear, fusionar, suprimir empleos, modificar el régimen salarial, prestacional, convencional y de carrera administrativa, pues de esta forma se están violando los artículos 25, 53, 55, 58, 122, 124, 125, 150 - numeral 9 literales e) y f), 180 numeral 14 y 215 de la Constitución.

d) El mencionado artículo transitorio 20 tampoco le da facultades al Gobierno Nacional para imponer contribuciones, crear obligaciones, hacer gastos a cargo del Tesoro Público, ni disponer de los bienes del Estado a cualquier título, ya que de esta manera estaría, como se está, violando los artículos 101, 102, 122, 150 numerales 9, 11 y 18, 189 numerales 14 y 20, 338, 345, 346 y 347 de la Constitución Política.

e) La Junta Directiva y el Representante legal del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA -INCORA-, como agentes que ejecutan el Decreto 2137 de 1992, son responsables por los daños antijurídicos que causen, de conformidad con los artículos 90 y 91 de la Constitución.

SE CONSIDERA:

En relación con el cargo del literal a)

El texto del artículo 22 del Decreto demandado, cuya suspensión se solicita es del siguiente tenor:

``La Junta Directiva del Instituto procederá a determinar las modificaciones a la estructura interna y a la planta de personal que sean necesarias de acuerdo con lo previsto en presente decreto, dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo´´.

Sobre la acusación a este texto, la Sala, en casos como el presente, ha considerado que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 de la Constitución eran excepcionales no sólo desde el punto de vista temporal (dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución) y desde el punto de vista de objetivo o finalidad (poner las entidades de la rama ejecutiva ``en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece´´), sino también desde el punto de vista de la materia, en cuanto, por ser excepcionales, ellas reunían en cabeza del ejecutivo, durante el período citado, todas las competencias relacionadas con la supresión, fusión y reestructuración de las entidades, ya fuera en cabeza del Congreso, del mismo Gobierno o de otra autoridades.

Por lo mismo, agotado el término de las facultades excepcionales, las diversas competencias regresan a sus titulares permanentes: unas al Congreso y al Presidente de la República, según la Constitución; y otras, a las diferentes autoridades administrativas que puedan tenerlas, conforme con la ley.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, en el caso concreto del artículo 22 del Decreto 2137 de 1992, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución al Gobierno no podía ampliar el término para ejercer las facultades excepcionales previstas en el mismo.

Dicho de otra manera, con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución, el Gobierno no podía establecer un término adicional para modificar la estructura interna y la planta de personal del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, por fuera del término que tenía para ejercer las facultades excepcionales, por lo cual el artículo 22 acusado es, desde este punto de vista, manifiestamente contrario a la citada norma fundamental.

En consecuencia, procede la suspensión provisional de la norma acusada en este cargo, sólo en la expresión ``... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo´´.

En relación con el cargo del literal b):

La Sala considera que las genéricas acusaciones consignadas en este cargo contra el Decreto 2137 de 1992 no están llamadas a prosperar, pues de la lectura de su texto no aparece a simple vista que ``La modernización de la entidad no está en consonancia con los mandatos de la Carta Política...´´, así como tampoco que para

su expedición el Gobierno Nacional `` . . omitió las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora...´´, como simplemente lo afirma la peticionaria de la medida precautelativa, menos aún si se considera que en su fundamento se expresa que fue expedido ``....teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de que trata el mismo artículo´´, transitorio 20, lo que no se desvirtúa con la llana afirmación contraria de la actora .

Desde luego que sólo cuando se alleguen los antecedentes administrativos del decreto impugnado será posible entrar a determinar si realmente las recomendaciones de la Comisión se tuvieron o no en cuenta para expedir el Decreto 2137 de 1992, aparte de que su incidencia para la expedición del Decreto impugnado, sólo es posible determinarla mediante un análisis de fondo que no es procedente en esta etapa procesal sino en la sentencia que ponga fin al litigio.

Finalmente, como quiera que la accionante se limita a señalar que se infringieron los artículos 1°, 2º y 4º de la Constitución por el Decreto acusado, sin que por parte alguna exprese el concepto de su transgresión, la Sala se abstiene de considerar el cargo por este aspecto, pues se omite el cumplimiento de las claras y perentorias exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En relación con el cargo del literal c:

En lo atinente a esta censura, basta señalar que si el Gobierno Nacional tenía facultades para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades descentralizadas del orden nacional, con la finalidad de ponerlas en consonancia con los preceptos de la Constitución, tales facultades llevan ínsita la de crear, fusionar y suprimir empleos, razón por la cual, por este aspecto, no procede atender favorablemente la solicitud de suspensión provisional impetrada en este cargo.

Y ante la simple afirmación de que el Gobierno Nacional no tenía facultades para modificar el régimen salarial, prestacional e indemnizatorio, se hace necesario un estudio de fondo, impropio al iniciarse el proceso, a fin de esclarecer: si el Gobierno en ejercicio de las facultades que le confirió el ya citado artículo transitorio podía modificar los regímenes salarial, prestacional, convencional, de carrera administrativa y disciplinario y afectar la estabilidad de los empleados del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- así como imponer contribuciones, crear obligaciones a cargo del Tesoro Público y disponer a cualquier título de los bienes del Estado; y si el decreto acusado efectivamente modificó dichos regímenes, lo cual sólo se puede dilucidar al confrontarlo con la normatividad que regía la entidad reestructurada.

La Sala considera oportuno resaltar que en dicho estudio deberá tenerse en cuenta que el Decreto acusado tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley y las materias antes enunciadas son objeto de regulación de ésta.

En el relación con el cargo del literal d):

Sobre este cargo formulado en forma genérica, circunstancia que por sí sola sería suficiente para desecharlo, la Sala considera que tampoco puede prosperar, pues para determinar si las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional, a que se refiere la accionante, le fueron o no conferidas por el artículo transitorio 20 de la Carta, deberá realizarse un profundo y dispendioso análisis sobre el alcance de las mismas, ajeno por consiguiente a esta etapa procesal y propia sí, del fallo que dirima la controversia.

En relación con el cargo del literal e):

En virtud a que esta ``censura´´ resulta extraña al objeto y finalidad de la acción pública que se ejerce, la Sala se abstiene de hacer referencia a la misma.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1. ADMITIR la demanda de nulidad presentada por la ciudadana Ana Yolanda Sepúlveda Rojas en relación con el Decreto 2137 de 30 de diciembre de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, ``Por el cual se reestructura el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-´´. Para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura, de Trabajo y Seguridad Social, al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A.. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

c) La parte actora deberá depositar, en el término de cinco (5) días la suma de CINCO MIL PESOS ($ 5.000.oo) M/cte., para gastos ordinarios del proceso.

d) Fíjese el negocio en lista por el término cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes contesten la demanda, propongan excepciones y soliciten pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a las oficinas correspondientes el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 22 del Decreto 2137 de 1992, en la expresión: ``...dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo´´.

3. DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos de las demás normas cuya suspensión se solicita.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñóz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

FRANQUICIA EN TELECOMUNICACIONES

Lo que puede ser objeto de reglamentación a través de un decreto ejecutivo es el servicio de comunicación telegráfico pero teniendo siempre en cuenta que la franquicia frente al mismo está limitada al ejercicio de las funciones que deban desempeñar determinados funcionarios o entidades. Si la voluntad del legislador hubiera sido la de establecer la franquicia para todos los servicios de comunicación que conformaban el ramo en dicha época, hubiera incluído también el telefónico, lo cual no aconteció. Siendo ello así, mucho menos puede afirmarse, sobre un supuesto hipotético, que de haber existido el télex y la transmisión de datos, habrían sido exonerados de pago a través de la franquicia. DECLARA LA NULIDAD de las expresiones ``...télex, transmisión de datos y de telefonía internacional...´´, contenidas en el artículo 1º del Decreto 1933 de 8 de agosto de 1991, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2233. Acción: Nulidad. Actora: AMELIA AYALA NARVAEZ.

La ciudadana **AMELIA AYALA NARVAEZ**, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto 1933 de 8 de agosto de 1991 ``Por el cual se concede una franquicia para servicios que preste Telecom´´, expedido por el Gobierno Nacional.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Cita la actora como quebrantados con el acto acusado los artículos 3º de la Ley 48 de 1921, 27 y 28 del Decreto Ley 1900 de 1990, 189 numeral 11 y 368 de la Constitución Política.

Para fundamentar los cargos de violación aduce lo siguiente:

1. El decreto acusado se profirió en desarrollo de la Ley 48 de 1921. Esta ley da franquicia en forma exclusiva para el servicio de telegramas sin que en ningún momento lo hubiere hecho extensivo a otros servicios de telecomunicaciones. Al agregar el decreto otros servicios no señalados en la ley, modificó ésta, cuando la ley solamente puede ser modificada mediante otra o por un decreto que tenga tal alcance.

En este caso se produjo la violación de la ley por errónea interpretación, al confundir el servicio telegráfico con los servicios de transmisión de datos, telefonía internacional y télex.

2. Se violaron los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 1900 de 1990, ya que estas normas consagran las diferencias que existen entre los diversos servicios y no fueron tenidos en cuenta al expedir el acto acusado.

3. Con el decreto impugnado se contradijo manifiestamente lo preceptuado en el artículo 368 de la Constitución Política, dado que aquél al exonerar del pago de los servicios de telecomunicaciones a los despachos a que se contrae el mismo, está concediendo subsidios o auxilios cuando solamente éstos se pueden otorgar a las personas de menores ingresos, lo cual significa que ellos están prohibidos para personas o entidades con suficientes recursos económicos.

4. El ejecutivo al expedir el acto acusado se arrogó funciones del Congreso, por lo cual se está en presencia de una incompetencia por razón de la materia.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 28 de enero de 1993 se admitió la demanda y se denegó la medida de suspensión provisional solicitada por no encontrar la Sala, *prima facie,* el quebranto de las disposiciones aducidas por la actora.

Del auto admisorio de la demanda se notificó la Nación -Ministerio de Comunicaciones- quien a través de apoderada dio contestación a la misma oponiéndose a sus pretensiones y exponiendo al efecto lo siguiente:

1. El decreto acusado no modificó la Ley 48 de 1921 sino que por el contrario la desarrolla, ya que dicha ley no versa directamente sobre franquicia telegráfica

sino sobre censura. Cuando el artículo 3º permite la franquicia telegráfica por disposición gubernativa, no está excluyendo otras franquicias ``relacionadas con el ramo´´.

La mencionada ley no incluyó expresamente los servicios de télex, transmisión de datos y telefonía pues para el año de 1921 estos servicios no existían, y de haber existido, lógicamente los habría incluído.

En la interpretación legislativa es necesario tomar en cuenta criterios teleológicos o de finalidad que no deben limitarse a lo literal de los textos, más aún si se tiene en cuenta que la administración pública es dinámica en materia de telecomunicaciones y no puede aspirarse a que el legislador permanentemente ratifique la voluntad cada vez que se presente una tecnología.

El fundamento de la franquicia que se otorga en el Decreto enjuiciado no tiene sustento en el artículo 3º de la Ley 48 de 1921 que es exclusivo para la franquicia telegráfica, sino en el artículo 4º que dice: ``La franquicia, con la limitación dicha, no se podrá conceder sino por decreto ejecutivo, que se publicará en el Diario Oficial, sin lo cual no se podrá hacer efectiva´´.

La Ley 48 de 1921 regula disposiciones relacionadas con el ``ramo´´ y al ramo de las comunicaciones pertenece tanto el telegráfo como la transmisión de datos, la telefonía y el télex.

2. La no inclusión en la ley de los servicios de transmisión de datos, telefonía y télex no significa su exclusión ya que éstos pertenecen al ramo. El legislador de 1921 sólo hizo referencia a los que existían por esa época, pero ello no excluye que los desarrollos de dicha ley queden cobijados de la intención legislativa. Por esta razón no se violan los artículos 27 y 28 del Decreto 1900 de 1990.

3. Confunde la actora subsidio y exoneración, por tanto el caso que nos ocupa no se encuentra dentro del artículo 368 de la Constitución Política sino dentro del artículo 365 *ibidem* que señala que los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que exige la ley, y la Ley 48 de 1921 permitió una franquicia que es reglamentada por el decreto que se acusa.

4. El citado decreto no ha sido expedido por autoridad incompetente pues el artículo 189 numeral 11 de la Carta le da al Presidente la potestad reglamentaria y el artículo 4º de la referida Ley 48 de 1921 exige que la franquicia se conceda por decreto ejecutivo.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación estima que las pretensiones de la actora no están llamadas a prosperar por la siguientes razones:

1. Del contenido del artículo 3º de la Ley 48 de 1921 se deduce que el objeto del mismo era señalar el estricto uso oficial de la franquicia telegráfica y en parte alguna de la ley se encuentra prohibición, condición o restricción que impida otorgar aquella a otros servicios. Además, si la ley sólo hizo referencia a la franquicia telegráfica, ello se explica por el escaso desarrollo de entonces de los medios de comunicación.

2. Las Leyes 6ª de 1943 y 83 de 1945 y el Decreto 1684 de 1947 señalan como fin de la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones la prestación de los servicios públicos de radiocomunicación y la telefonía con la posibilidad de extenderse a otros servicios, y el último decreto citado en su artículo 24 hace precisiones sobre el uso de la franquicia al consagrar:

> ``No habrá franquicias en el servicio internacional, salvo las consignadas en acuerdos o tratados. En cuanto al servicio interior, sólo la tendrán el Presidente de la República y el Ministro de Correos y Telégrafos. La empresa liquidará a cada dependencia nacional, departamental o municipal el valor de sus comunicaciones, y al efecto cada una de ellas deberá apropiar las partidas necesarias para el pago de los servicios que le sean prestados.
>
> Parágrafo: No obstante lo establecido en este artículo la Junta Directiva de la empresa podrá acordar rebajas en el servicio a las entidades o funcionarios oficiales y aún concederles, en casos excepcionales, franquicia completa de acuerdo con sus posibilidades´´.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Para el estudio del primer cargo es menester precisar el contenido de las disposiciones en conflicto.

Dispone el artículo 1º del acto acusado:

> ``A patir de la fecha de entrada en vigencia de este decreto, los servicios nacionales e internacionales de télex, telegrafía, transmisión de datos y de telefonía internacional que presta la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom- a la Presidencia de Telecom, al despacho del Ministro de Comunicaciones y a las dependencias del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República que se enumeran a continuación, no causarán cargo alguno: despacho del Presidente de la República, despacho de la Primera Dama, despacho del Jefe del Departamento, subjefe del departamento, secretario privado, se-

cretario jurídico, secretario de prensa, consejero de comunicaciones y consejero internacional, o sus equivalentes en la estructura que se adopte con base en el Decreto extraordinario 1680 de 1991´´.

Estatuye el artículo 3º de la Ley 48 de 1921 citado como infringido:

``La franquicia telegráfica que por disposición gubernativa se conceda a funcionarios o entidades públicas, a empresas de utilidad general, etc., se entiende rigurosamente limitada a lo que se refiera a las funciones del ejercicio del cargo, de trabajo o industria de la respectiva empresa; pero si las entidades, funcionarios o empresas se sirvieren del telégrafo para efectos particulares suyos o de terceros, que no se relacionen con el ejercicio de su cargo, pagarán el servicio conforme a la tarifa vigente.

Los empleados que en contravención a lo dispuesto en el anterior aparte dieren curso franco a despachos que no deban tenerlo, incurrirán en multa igual al valor del despacho, que impondrá el funcionario que revise las cuentas, quien de no hacerlo incurrirá en la misma sanción´´.

Del texto del artículo 3º antes transcrito resalta la Sala los siguientes aspectos:

A través de él se regula el servicio de comunicación objeto de franquicia, esto es, el telegráfico, y la causa de tal franquicia o exoneración de pago que no es otra que la necesidad de dicho servicio en razón de las funciones que determinados funcionarios o entidades deban desempeñar.

Además, esta disposición deja traslucir que por tratarse de un medio de comunicación escrito se puede controlar fácilmente el adecuado uso del mismo, lo cual garantiza el cumplimiento de la finalidad propuesta por el legislador. Por ello prevé que el funcionario que utilice el servicio para fines distintos a sus funciones deba pagarlo y que el empleado del telégrafo que dé un curso a un despacho en estas condiciones se hará acreedor a sanción.

Según la apoderada de la demandada el fundamento de la franquicia que se otorga en el decreto acusado tiene sustento en el artículo 4º de la Ley 48 de 1921 que preceptúa:

``La franquicia, con la limitación dicha, no se podrá conceder sino por decreto ejecutivo, que se publicará en el Diario Oficial, sin lo cual no se podrá hacer efectiva´´.

Si bien es cierto el texto de esta disposición es claro en cuanto consagra que la franquicia debe otorgarse por decreto ejecutivo, como lo es el acusado, ello por sí solo no habilita la reglamentación que se hizo para extenderla a otros servicios que conforman el ramo de las comunicaciones, pues también es diáfana la norma transcrita cuando hace énfasis en la ``limitación dicha´´, lo que significa que lo que puede ser

objeto de reglamentación a través de un decreto ejecutivo es el servicio de comunicación telegráfico pero teniendo siempre en cuenta que la franquicia frente al mismo está limitada al ejercicio de las funciones que deban desempeñar determinados funcionarios o entidades.

Ahora bien, tampoco es de recibo el argumento de la demandada en el sentido de que la citada ley regula disposiciones relacionadas con el ramo de las comunicaciones y que por pertenecer a éste los servicios de télex, transmisión de datos y telefonía internacional pueden ser objeto de franquicia, pues la Ley 48 de 1921 en sus 5 artículos no se refiere sino a la comunicación telegráfica no obstante que para la época de su expedición ya existía el servicio de comunicación telefónico, luego atendiendo el criterio teleológico de la interpretación de la ley debe concluirse que si la voluntad del legislador hubiera sido la de establecer la franquicia para todos los servicios de comunicación que conformaban el ramo en dicha época, hubiera incluido también el telefónico, lo cual no aconteció. Siendo ello así, mucho menos puede afirmarse, sobre un supuesto hipotético, que de haber existido el télex y la transmisión de datos, habrían sido exonerados de pago a través de la franquicia.

Por lo anterior, surge con meridiana claridad que el decreto enjuiciado excede el alcance de la ley objeto de la reglamentación en cuanto hace extensiva la franquicia a los servicios de télex, transmisión de datos y telefonía internacional, por lo cual en la parte resolutiva de esta providencia habrá de accederse a las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

1. DECLARASE la nulidad de las expresiones ``...télex, transmisión de datos y de telefonía internacional...´´, contenidas en el artículo 1º del Decreto 1933 de 8 de agosto de 1991, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

2. DEVUELVASE a la actora la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de fecha 29 de julio de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MUNICIPIO-Creación/DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION-Concepto

El Departamento Nacional de Planeación no conceptuó previa y favorablemente sobre la creación del Municipio de El Dorado, por lo cual *prima facie* se puede establecer la manifiesta infracción del artículo 16 del C. de R.M. que exige, para los efectos de la creación de municipios el concepto previo y favorable de la entidad antes citada.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2541. Recurso de apelación contra el auto de 15 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta. Actor: Eixenover Quintero Celis..

Corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Departamento del Meta contra el proveído de la referencia, por el cual el Tribunal Administrativo del Meta decretó la suspensión provisional de los efectos de la Ordenanza Nº 044 de 24 de noviembre de 1992, expedida por la Asamblea del Departamento del Meta.

I. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para acceder a decretar la suspensión provisional, consideró el *a quo:*

1. El acto cuyos efectos jurídicos son objeto de la medida de suspensión provisional corresponde a la ordenanza Nº 044 de 24 de noviembre de 1992 y su literalidad

hace referencia a la creación del Municipio de EL DORADO y a dictar otras disposiciones.

2. El accionante expresa que en la ordenanza acusada se hizo uso del artículo 16 del Código de Régimen Municipal, desconociendo olímpicamente al Departamento de Planeación Nacional que es la entidad encargada de emitir un concepto favorable para la creación del municipio, obviamente previo el estudio de los documentos que sobre el particular aportaron los interesados.

3. Ni dentro del cuerpo de la ordenanza, ni dentro de los antecedentes que se arrimaron, se encuentra el concepto previo y, favorable del Departamento Nacional de Planeación, omisión esta que infringe de manera directa el artículo 16 del C. de R.M.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

La recurrente finca su inconformidad así:

1. En la solicitud de suspensión provisional el actor se limita a decir que está violado el Decreto 1333 de 1986, pero no menciona de manera taxativa la normativad de ese decreto que haya sido vulnerada, por lo cual debe desecharse el pedimento.

2. La solicitud, a pesar de ir inserta en el cuerpo de la demanda, no reúne los requisitos de ley, pues ella en su contexto es independiente del resto del libelo

APELACION ADHESIVA

Contra el proveído de 15 de marzo de 1993, el impugnante HECTOR ARTURO MORENO MORALES interpuso recurso de apelación el cual fue rechazado por improcedente, por haber sido incoado como subsidiario del de reposición, frente a lo cual interpuso recurso de queja, que fue decidido en providencia de esta misma fecha dentro del expediente radicado bajo el Nº 2540, en el sentido de declarar bien denegado tal recurso.

El citado impugnante al sustentar el recurso de queja expresó que en caso de no accederse a conceder el recurso de alzada, apelaba adhesivamente.

III. LA DECISION

Para resolver **se considera:**

Estima la Sala, en cuanto a la apelación adhesiva, que ésta no se puede ser objeto de decisión, ya que no se interpuso y fundamentó en el proceso, sino que, al pedirse reposición del auto que no le concedió el recurso de apelación y en subsidio la expedición de copias de la parte pertinente de la actuación, se manifestó que ``en

caso, de que el Honorable Consejo de Estado, no acceda a conceder la apelación del auto...., manifiesto que APELO en forma ADHESIVA, a fin de ser oído´´.

En lo tocante a la apelación principal, cabe advertir:

1. Conforme al artículo 152 del C.C.A., en tratándose de la acción de nulidad es menester que concurran, para efectos de la suspensión provisional, los siguientes requisitos:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o en escrito separado antes de que ésta sea admitida.

b) Que haya una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

2. Según la apelante la solicitud del actor no se ajusta a las previsiones del artículo 152 del C.C.A.

3. Observa la Sala que el demandante en el mismo escrito de la demanda, en el capítulo ``SUSPENSION PROVISIONAL´´, impetra la solicitud de la medida precautelativa (folios 24 a 26), haciendo una remisión a lo expresado en el libelo. En efecto afirma:

> ``...Ya hemos visto Honorables Magistrados, cómo con la ordenanza cuestionada se han violado normas de tipo legal (Decreto 1333 de 1986) y cómo ello además ha sido tan flagrante y ostensible que no admite prueba en contrario. Basta la comparación de la norma de superior jerarquía con la acusada para que fluya ese principio...´´.
>
> ``... La facultad de erigir municipios es por excelencia reglada y no discrecional o arbitraria por parte de las asambleas.
>
> No basta afirmar que se han cumplido los requisitos, sino que en el expediente que se forme deben existir pruebas de ello...´´.

Al explicar el alcance de la violación aduce el demandante en el escrito de demanda:

> ``... Como bien puede establecerse con base en la documentación que es acompañada, la ordenanza acusada adolece de todos y cada uno de los requisitos que exige la ley para que pudiera haber tenido vida jurídica...´´.
>
> ``... se hizo uso del artículo 16 del Código de Régimen Municipal para intronizar (sic) tan arbitraria ordenanza, pero igualmente desconociendo olímpicamente al

Departamento Nacional de Planeación que es la entidad encargada de emitir un concepto favorable para la creación del municipio..´´.

Lo anterior permite colegir que la solicitud de suspensión provisional fue sustentada de modo expreso.

De otra parte, el actor, quien actúa en su calidad de Personero Municipal de El Castillo (Meta), acompañó en apoyo de su solicitud los documentos públicos que le fueron remitidos por la Secretaría General de la Asamblea del Departamento del Meta que sirvieron de fundamento a la expedición del acto acusado, según obra a folios 1 a 15 del expediente, y de tales documentos se puede inferir sin mayor esfuerzo que el Departamento Nacional de Planeación no conceptuó previa y favorablemente sobre la creación del Municipio de El Dorado, por lo cual *prima facie* se puede establecer la manifiesta infracción del artículo 16 del C. de R.M. que exige, para los efectos de la creación de municipios el concepto previo y favorable de la entidad antes citada.

Las consideraciones precedentes justifican la confirmación de la providencia objeto del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Adminstrativo, Sección Primera.

RESUELVE:

CONFIRMASE el proveído de 15 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta.

ABSTIENESE de estudiar la apelación adhesiva formulada por el impugnante HECTOR ARTURO MORENO MORALES, por la razón expresada en la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 29 de lulio de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MUNICIPIO-Inexistencia / CONVOCATORIA A ELECCIONES-Improcedencia

Ante la inexistencia del municipio de La Pintada, el Gobernador del Departamento de Antioquia carecía en absoluto de competencia para dictar las disposiciones contenidas en los artículos 2º y 3º del decreto impugnado, por los cuales se convoca a elecciones para Alcalde Popular y Concejo Municipal de La Pintada y se señala fecha para la posesión de los elegidos, como así lo dedujo el Tribunal. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 2º y 3º del Decreto 3926 del 21 de diciembre de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2546. Recurso de apelación contra el auto de 26 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: Municipio de Valparaiso.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Departamento de Antioquia contra la providencia a través de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia decretó la suspensión provisional de los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 3926 de 21 de diciembre de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia y ``POR MEDIO DEL CUAL SE HACE UN ENCARGO Y SE CONVOCA A ELECCIONES EN EL MUNICIPIO DE LA PINTADA´´, cuyo texto completo es el siguiente:

``Artículo 1º: Desígnase Alcalde en calidad de encargado para el Municipio de LA PINTADA, al señor DARIO ANTONIO ZAPATA LEON.

``Artículo 2º: Convócase a elecciones para Alcalde Popular y concejo Municipal de LA PINTADA, para el día 16 de mayo de 1993.

``Artículo 3º: El Alcalde y Concejales elegidos tomarán posesión de sus cargos el 1º de junio de 1993, fecha en la cual el Municipio iniciará su acción administrativa y surtirá la plenitud de su acción administrativa y surtirá la plenitd de sus efectos jurídicos, con las respectivas autoridades locales.

``Artículo 4º: El alcalde que por el presente decreto se designa, ejercerá las funciones hasta la posesión del electo.

``Artículo 5º: Este decreto rige a partir de la fecha de su notificación´´.

FUNDAMENTOS DE LA DECISION APELADA

Para acceder al decreto de suspensión provisional de las disposiciones acusadas consideró el *a quo,* en síntesis lo siguiente:

El Código de Régimen Departamental regula en su Capítulo IV -artículos 72 a 88-, los actos que expiden las asambleas departamentales, en particular las ordenanzas. Y el artículo 81 consagra una norma de singular importancia:

``Llámase sanción ejecutiva el acto del jefe superior del departamento que manda ejecutar el proyecto que le envía la respectiva asamblea y con el cual reviste a éste del carácter de ordenanza´´.

Como según la Constitución vigente antes del 31 de diciembre de 1990, las disposiciones aludidas del Código de Régimen Departamental, en especial los artículos 75, 77, 80 y 81, referentes a la expedición de las ordenanzas, y los artículos 13 y subsiguientes del Código de Régimen Municipal, para la creación de un municipio, en aquella época como en la actualidad bajo el régimen de la Constitución de 1991 (art. 300-6) era y es menester la expedición de una ordenanza y sólo puede hablarse de la existencia de ésta cuando el correspondiente proyecto ha recibido sanción del Gobernador, y teniendo en cuenta la certificación transcrita por el Secretario General de la asamblea de Antioquia en la comunicación OSG-26 de 12 de febrero de 1993, dirigida al abogado Arturo Caballero Sánchez en la que informa textualmente ``...que el Proyecto de Ordenanza mediante el cual se creaba el Municipio de La Pintada, recibió los tres debates reglamentarios, pero no fue sancionado. El proyecto fue objetado por la señora Gobernadora doctora Helena Herrán de Montoya, Por lo expuesto, no es posible certificar la existencia de la ordenanza ni el número, así (sic) como tampoco la publicación como tal´´, sin que la asamblea insistiera en dicho proyecto y sin que nunca fuera sancionado por gobernador alguno, la conclusión

lógica es que con anterioridad al 31 de diciembre de 1990, fecha a la cual hace referencia el artículo 40 transitorio de la Constitución de 1991, no fue hecha la creación del municipio de La Pintada, y, por tanto, al no existir jurídicamente carecen de todo sustento las disposiciones acusadas y al ser violatorias en forma manifiesta y flagrante de los preceptos superiores relacionados por la parte demandante (artículos 40 transitorio, 304, 300-6, 312 y 314 de la Constitución; 72, 77, 78, 80, 81, 82 y 83 del C. de R.D.; y 5-4, 8º, 9º, 13-5, 14, 17, 18, 128, 129, 130, 131 y 132 del C. de R. M.) deben ser suspendidas provisionalmente.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Como motivos de inconformidad la demandada apelante manifiesta textualmente lo siguiente:

``Los argumentos expuestos por el libelista en la demanda carecen de todo asidero legal, toda vez que si bien la Constitución Nacional y los Decretos 1333 de 1986, 1222 de 1986 consagran expresamente que corresponde a las asambleas por medio de ordenanzas crear los municipios, no encontramos entonces sentido alguno al considerar que el artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional lo que hizo fue repetir una norma ya existente en diferentes disposiciones normativas y más aún colocándoles una fecha límite para ello, cuando antes y después de la misma el mecanismo ordinario para la creación de municipios es el mismo. Una sana lógica nos permite colegir sin mayor esfuerzo mental que el prementado artículo 40 transitorio se expidió con un fin, con una utilidad específica, con un sentido real y obvio que no es otro que el de tratar de orientar, de organizar, de operativizar situaciones que hasta esa fecha límite (31 de diciembre de 1990) no habían podido entrar a regir, a tener vida jurídica y el legislador conciente (sic) de ello buscó la manera legal de adecuadarlas, es por ello que no podemos desconocer jamás que las normas se creen lógicamente para producir un efecto y la actividad judicial debe hacer uso de los criterios auxiliares de justicia y entre ellos contamos con el principio de la ``**utilidad de la norma**´´ en el que reiteramos que sería imposible, inoperante, irracional bajo todo punto de vista pretender considerar que dicho artículo 40 transitorio lo expidió el legislador para repetir lo ya consagrado normativamente por él y menos aún haber procedido a fijar un límite de tiempo para ello, que en nada variaba lo existente, interpretación ésta ``inútil´´ bajo cualquier concepción legal, que choca, pugna ostensiblemente con la función del constituyente.

``Por lo anterior, reiteramos que obrando el Gobernador legalmente tal y como lo expusimos, procedió entonces a darle operatividad a este artículo 40 transitorio de la Constitución Política, designando una persona que se encargara de dirimir los designios del nuevo municipio en calidad de encargado, hasta tanto se elija Alcalde popularmente para lo cual se fijó la fecha respectiva e igualmente para elegir los Concejales, todo ello obviamente para el nuevo Municipio de La Pintada creado en desarrollo de la disposición constitucional y puesto en marcha

con base en el acto administrativo expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, discrepando totalmente de los argumentos e interpretaciones del accionante´´ (la subraya es de la apelante).

CONSIDERACIONES

Una precisión necesaria. Se advierte que aunque la acción de simple nulidad propuesta cobija no sólo los artículos 2º y 3º del Decreto 3926 de 21 de diciembre de 1992 pretranscrito *ab initio* de este proveído, sino también el 4º que guarda directa e indisoluble relación con el 1º *ibidem*, los que se refieren a la designación de alcalde en calidad de encargado y al término de sus funciones, respectivamente, la Sala avocará el conocimiento de la apelación en cuanto a aquellos artículos por ser procedente respecto a ellos la acción incoada; y en cuanto al 4º *ibidem* la avocará sólo para el efecto de revocar la medida precautelativa por cuanto respecto de éllos procede únicamente la acción de nulidad electoral.

Procede entonces la Sala a resolver de plano, conforme a lo señalado en el inciso final del artículo 155 del C.C. A., la apelación contra el auto de 26 de marzo de 1993 que decretó la suspensión provisional de los artículos 2º y 3º del Decreto 3926 de 1992 expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia.

La providencia impugnada habrá de confirmarse por las razones que se exponen a continuación:

De la simple lectura del memorial sustentatorio de la apelación se colige que lo en él expuesto no comporta una argumentación que desvirtúe el fundamento del auto recurrido.

En éste, se sostiene, razonablemente, que como para la real y jurídica existencia del municipio de La Pintada era y es imprescindible la expedición por la Asamblea Departamental de Antioquia de una ordenanza que sufriera la correspondiente sanción ejecutiva, paso este último que no se dio en el presente caso, como se acreditara con la constancia del Secretario General de la Duma (folio 20 del cuaderno principal) a que se ha hecho referencia, mal podía legítimamente expedir el Gobernador el Decreto acusado.

El disentimiento del apelante se funda en una absurda interpretación del artículo transitorio 40 de la Carta, invocado como fundamento del decreto cuestionado, al darle a esta norma un sentido y alcance de los cuales carece en absoluto.

Su texto no sugiere ni remotamente, y no podía ser en sana hermenéutica de otra manera, que ella está *per se* consolidando y legitimando la creación de municipios cuyos respectivos trámites para su conformación hubiesen quedado inconclusos a 31 de diciembre de 1990, ni menos aún puede entenderse, porque resulta sencillamente aberrante, que la mencionada disposición constitucional esté autorizando al

ejecutivo departamental para que *motu proprio* origine o cree directamente una entidad territorial municipal. Estas apreciaciones del apelante resultan a todas luces injurídicas, ilógicas, absurdas, pues pugnan abiertamente no sólo con el contenido de la misma disposición superior citada sino con todas las regulaciones constitucionales y legales que en materia de creación de municipios se hallan establecidas y que el actor cita como manifiestamente vulneradas.

Ni aun acudiendo al principio de la ``utilidad de la norma´´ que se esgrime como razón para fundamentar su discrepancia con la decisión del *a quo*, podría válidamente pensarse en que dicho canon supralegal estuviese diciendo lo que el recurrente sostiene, es decir, que dicha norma superior autoriza al gobernador para que éste mediante un acto administrativo suyo sustituya lo que sólo es viable realizar mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes establecidas en los Decretos-Leyes 1222 y 1333 de 1986, que el actor cita como infringidas por el acto acusado.

El texto del artículo transitorio 40 de la Carta confirma el aserto de la Sala con respecto a las ``razones´´ interpretativas que expone el apelante. Dice así la norma:

> ``Son válidas las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1.990´´.

En esta inteligencia, pues, hay que reiterarlo, la decisión del *a quo*, con fundamento, como atrás quedó reseñado, en que la localidad de ``La Pintada´´ no tenía existencia jurídica como municipio, pues el proyecto de Ordenanza que pretendía erigirla como tal, si bien sufrió los tres debates reglamentarios, no recibió la sanción ejecutiva, es acertada, ya que éste es requisito sin el cual no se adquiere el carácter de ordenanza según los claros términos del artículo 81 del Código de Régimen Departamental que reza:

> ``Llámase sanción ejecutiva el acto del jefe superior del Departamento que manda ejecutar el proyecto que le envía la respectiva Asamblea y con el cual reviste a éste del carácter de ordenanza´´.

En suma, ante la inexistencia del municipio de La Pintada, el Gobernador del Departamento de Antioquia carecía en absoluto de competencia para dictar las disposiciones contenidas en los artículos 2º y 3º del decreto impugnado, por los cuales se convoca a elecciones para alcalde Popular y Concejo Municipal de La Pintada y se señala fecha para la posesión de los elegidos, como así lo dedujo el Tribunal.

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

RESUELVE:

1. **CONFIRMASE** el auto de 26 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto por él se decretó la suspensión provisional de

los artículos 2º y 3º del Decreto 3926 del 21 de diciembre de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia.

2. Revócase la misma providencia en cuanto se decretó la suspensión provisional del artículo 4º del acto acusado, y, en su lugar, se inhíbe de hacer un pronunciamiento sobre su suspensión provisional, por las razones expuestas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPENDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia de que el anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha (sic).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Presupuesto/SUSPENSION AUTOMATICA

Corresponde a la Sala referirse a los cargos formulados en contra de la Ordenanza Nº 032 de 1988. De la simple confrontación a doble columna del artículo 4º del Decreto Ordenanzal Nº 420 de 1983, resulta, sin duda alguna, que la Ordenanza 032 de 1988 en su inciso segundo y parágrafo, reproduce en esencia esta última disposición, declarada nula por el Tribunal Administrativo del Huila en sentencia de 4 de noviembre de 1987, sin que hubiesen desaparecido los fundamentos legales de dicha anulación, los cuales consistieron, en suma, en el quebrantamiento directo del artículo 60, de la Ley 6ª de 1958, que limitó las partidas anuales para gastos de las contralorías departamentales en el dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos, entendiendo por tales presupuestos los de los departamentos, excluidos, entre otros, los de las entidades descentralizadas. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la expresión ``...y sus anexos´´, contenida en el inciso segundo, y la totalidad del parágrafo del artículo 1º de la Ordenanza Nº 032 de 2 de noviembre de 1988, expedida por la Asamblea del Departamento del Huila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. treinta de julio de mil novecientos noventa y tres

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2302. Actor: Jorge Jesús Murcia

Una vez surtido el trámite del impedimento manifestado por el Consejero de Estado doctor Yesid Rojas Serrano, y encontrándose debidamente posesionado el Conjuez que ha de remplazarlo, procede la Sección Primera a resolver el recurso de

apelación interpuesto por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda, proferido el 15 de enero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Huila, en cuanto por él se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, es decir, de la Ordenanza Nº 032 de 22 de noviembre de 1988, ``por la cual se modifica el Código Fiscal del Huila´´, expedida por la Asamblea de dicho Departamento.

I. EL ACTO ACUSADO

Lo es la citada Ordenanza, mediante la cual se ordenó lo siguiente (fl. 8 Cdno. Nº 1):

``ARTICULO PRIMERO.-El artículo 4º del Decreto 420 de 1983 quedará así: ``PRESUPUESTO DE LA CONTRALORIA´´: El presupuesto de la Contraloría Departamental será el suficiente para la prestación eficaz, regular y continua de las funciones que a esta entidad corresponde.

``Dicho presupuesto será igual al 2% del monto total del Presupuesto del Sector Central y sus anexos.

``PARAGRAFO: Para efectos del presente artículo, entiéndese por anexo los presupuestos de las entidades descentralizadas.

``ARTICULO SEGUNDO.-La presente ordenanza surte efectos a partir de su sanción, y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias´´.

II. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Dicha solicitud se sustenta en las razones que, como cargos, se resumen a continuación (fls. 3 a 5 Cdno. Nº 1):

Primer cargo. Manifiesta violación de los artículos 158 del C.C.A. y 86 del Decreto 1222 de 1986, toda vez que, contrariando sus mandatos, el acto acusado reproduce en esencia el artículo 4º del Decreto Ordenanzal Nº 420 de 1983, declarado nulo por el Tribunal Administrativo del Huila mediante sentencia de 4 de noviembre de 1987, cuya copia auténtica obra a folios 10 a 17 del Cdno. Nº 1.

Segundo cargo. Violación de los artículos 308 de la Constitución Política y 6º de la Ley 6ª de 1958, pues si el primero de ellos preceptúa que la ley podrá limitar las apropiaciones presupuestales destinadas, entre otros efectos a gastos de funcionamiento de las contralorías departamentales, y el Congreso no ha expedido la ley que desarrolle tal mandato constituconal, cabe predicar la vigencia de la disposición legal citada, la cual determina que ``las partidas anuales para gastos totales de las contralorías departamentales, no podrán exceder, en ningún caso, y para cada departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos´´, entendiendo

por tales los del sector o administración central, como se expresa en la aludida sentencia del Tribunal Administrativo del Huila, y como lo ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado en providencias de 11 de agosto de 1972 (Anales Nos. 435-436, pág. 333, 7 de abril de 1984) (Anales Nos. 481-482, pág. 454), 15 de junio de 1984 (*ibidem,* pág. 471), 14 de febrero y 18 de junio de 1986, proferidas por la Sección Primera.

III. LA DECISION IMPUGNADA

Para denegar la medida solicitada, el Tribunal a que se fundamentó, en síntesis, en lo siguiente (fls. 28 a 31 *ibídem*).

A pesar de que en la sentencia mediante la cual el Tribunal Administrativo del Huila declaró la nulidad del artículo 4º del Decreto Ordenanzal Nº 420 de 1983 se sostuvo que de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958 ``Por presupuesto debe entenderse aquí el de la Administración Central Departamental y no el de organismos descentralizados...´´, debe tenerse en cuenta que siendo dicha decisión ``...anterior a la Ley 38 de 1989, tal interpretación puede entenderse superada por lo reglamentado allí, en los artículos 1, 2, 23, 24 en concordancia con el 94 y 95 del mismo estatuto, luego entonces, por este aspecto, que deberá analizarse en su profundidad en la oportunidad procesal, no es procedente acceder a la suspensión provisional solicitada´´ (sic).

En cuanto a la alegada violación manifiesta del artículo 158 del C.C.A., ``...la Sala estima que para la presunta violación flagrante, que motiva la suspensión provisional por la aparente reproducción del acto, en principio falta certeza en cuanto a la identidad del órgano que lo expidió, por cuanto la ordenanza fue, lógicamente por la Asamblea Departamental y el decreto ordenanzal, por el Gobernador del Departamento, lo que habrá de dilucidarse en cuestionamiento de fondo...´´.

IV. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los argumentos del apelante en contra el auto recurrido son, en resumen, los siguientes (fls. 37 a 45 *ibidem*):

El Tribunal no señala, sustenta o explica en forma alguna su afirmación en el sentido que ``Tal interpretación puede entenderse superada...´´ por los artículos 1º, 2º, 23, 24, 94 y 95 de la Ley 38 de 1989. Además, ninguna de tales disposiciones ``...se refiere a los aportes para funcionamiento de las Contralorías Departamentales ni que el Presupuesto del Departamento comprenda a las entidades descentralizadas a efecto de realizar el mencionado aporte a la entidad fiscalizadora, de conformidad con lo establecido por la ley que limite dicha partida, en desarrollo de lo consagrado en el artículo 190 de la anterior Constitución, hoy 308 de la Constitución de 1991´´.

De otra parte la ordenanza demandada incurre en violación directa de los artículos 158 del C.C.A., 86 y 87 del Decreto 1222 de 1986, ya que el artículo 4º del Decreto Ordenanzal 420 de 1983, declarado nulo por el Tribunal Administrativo del Huila al haber incurrido en violación del artículo 6º de la Ley 6ª de 1958, fue expedido por el Gobernador de dicho departamento con base en facultades conferidas por la Asamblea, ``...y la Ordenanza 032 de 1988, que reproduce en esencia lo estipulado en dicho artículo del decreto ordenanzal declarado nulo, el Gobernador estaba en la obligación legal de objetar el proyecto de ordenanza y no de sancionarlo como lo hizo el 14 de diciembre de 1988´´ (sic).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El primer argumento en el cual se fundamentó el Tribunal *a quo* para denegar la suspensión del acto acusado consiste en que la ``interpretación´´ contenida en la sentencia mediante la cual la misma Corporación declaró la nulidad del artículo 4º del Decreto Ordenanzal Nº 420 de 1983, cuya reproducción se predica por el solicitante de la medida, puede entenderse superada por los mandatos contenidos en los artículos 1º, 2º, 23 y 24, en concordancia con los artículos 94 y 95 de la Ley 38 de 1989, que constituye el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación.

Sin que sea necesario acudir a extensas o complicadas disquisiciones, la Sala considera que dicho argumento carece de toda firmeza jurídica, por la sencilla razón de que habiéndose expedido el acto demandado en el año de 1988, las únicas normas bajo las cuales puede examinarse su legalidad o ilegalidad son aquellas vigentes a dicho momento, entre las cuales se encontraba, sin lugar a duda, el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958.

Sin perjuicio de lo expuesto, y luego de la lectura de las mencionadas disposiciones de la Ley 38 de 1989, las cuales tratan sobre la obligatoriedad del estatuto en materia presupuestal (art. 1º); cobertura del estatuto (art. 2º); integración del presupuesto de gastos (art. 23); apropiaciones que se pueden incluir en el presupuesto de gastos (art. 24); deber de las entidades territoriales del orden departamental, entre otros, de seguir, en la expedición de sus códigos fiscales o estatutos presupuestales, principios análogos a los contenidos en la ley (art. 94); y vigencia del estatuto y derogatorias (art. 95), la Sala constata que ninguna de ellas se refiere de manera expresa o tácita al límite de las apropiaciones departamentales destinadas, entre otros, a gastos de funcionamiento de sus contralorías, contenido en el citado artículo 6º de la Ley 6ª de 1958.

En cuanto al segundo argumento del Tribunal, consistente en su falta de ``certeza´´ sobre la identidad de los órganos que expidieron tanto el acto demandado como el Decreto Ordenanzal Nº 420 de 1983, para la Sala resulta inobjetable que frente a los dos cabe predicar la misma jerarquía normativa, desde el punto de vista material.

Ahora bien, analizados como se encuentran los argumentos que sirvieron de base al Tribunal a quo para denegar la medida solicitada, corresponde a la Sala referirse a los cargos formulados en contra de la Ordenanza Nº 032 de 1988, así:

En relación con el primer cargo, consistente en la violación de los artículos 158 del C.C.A. y 86 del Decreto 1222 de 1986, la Sala considera que está llamado a prosperar parcialmente, pues, como se verá más adelante, de la simple confrontación a doble columna del artículo 4º del Decreto Ordenanzal Nº 420 de 1983 resulta, sin duda alguna, que aquél, en su inciso segundo y parágrafo, reproduce en esencia esta última disposición, declarada nula por el Tribunal Administrativo del Huila en sentencia de 4 de noviembre de 1987 (fls. 10 a 17 Cdno. Nº 1), sin que se hubiesen desaparecido los fundamentos legales de dicha anulación, los cuales consistieron, en suma, en el quebrantamiento directo del artículo 6º de la Ley 6ª de 1958, cuya transcripción se encuentra en el acápite II de esta providencia, que limitó las partidas anuales para gastos de las contralorías departamentales en el dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos, entendiendo por tales presupuestos los de los departamentos, excluídos, entre otros, los de las entidades descentralizadas, como lo ha considerado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en las decisiones citadas por el solicitante de la medida y, últimamente, en sentencia proferida por esta Sección el 18 de julio de 1991, con ponencia del señor Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez (Actor: Ramiro de Jesús Angulo M. Exp. Nº 1493) (Extractos de Jurisprudencia, Tomo XIII, págs. 220 a 221).

Para mayor ilustración sobre la expresada ilegalidad se procede a transcribir, en doble columna, el artículo 1º del acto cuya suspensión provisional se solicita y la disposición declarada nula, cuyo texto aparece en la mencionada sentencia (fl. 11 Cdno. Nº 1).

ORDENANZA Nº 032 DE 1999	**DECRETO ORDENANZAL Nº 420 DE 1983**
``ARTICULO PRIMERO.-El artículo 4º del Decreto 420 de 1983 quedará así: ``PRESUPUESTO DE LA CONTRALORIA: El presupuesto de la Contraloría Departamental será el suficiente para la prestación eficaz, regular y continua de las funciones que a esta entidad corresponda. Dicho presupuesto será igual al 2% del monto total del presupuesto del sector central y sus anexos. PARAGRAFO: Para efectos del presente artículo, entiéndese por anexos los presupuestos de las entidades descentralizadas´´.	ÁRTÍCULO 4º.-PRESUPUESTO DE LA CONTRALORIA: El presupuesto de la Contraloría Departamental será suficiente para la prestación eficaz regular y continua de las funciones que a esta entidad corresponde. Dicho presupuesto será igual al 2% del monto total de los presupuestos cuya ejecución fiscalice la Contraloría´´.

Como consecuencia de lo anterior, resulta procedente decretar la suspensión provisional de los efectos del artículo 1º de la ordenanza Nº 03 de 1988, pero limitándola a la expresión ``...y sus anexos´´, contenida en el inciso segundo, y a la totalidad de su parágrafo, previa revocatoria de la providencia impugnada, en cuanto por ella se denegó dicha medida, toda vez que las demás disposiciones de dicha norma se ajustan al mandato contenido en el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958.

Habiendo prosperado, en forma parcial el primer cargo, y teniendo en cuenta que el segundo de ellos se refiere a la misma materia, y en él no se formula censura alguna en contra del artículo 2º de la ordenanza acusada, la Sala se abstiene de analizarlo.

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

RESUELVE:

1. REVOCASE el ordinal 5º de la parte resolutiva del auto de 15 de enero de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante el cual se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y, en su lugar, se dispone:

a) DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión ``...y sus anexos´´, contenida en el inciso segundo, y la totalidad del parágrafo del artículo 1º de la Ordenanza Nº 032 de 22 de noviembre de 1988, expedida por la Asamblea del Departamento del Huila.

b) DENIEGASE la suspensión provisional de las demás disposiciones de la mencionada ordenanza.

c) Con envío de copia íntegra, comuníquese esta decisión a los señores Gobernador y Presidente de la Asamblea del Departamento del Huila.

2. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintinueve de julio de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Pedro Alejo Gómez Vila,* Conjuez.

PROMULGACION DE NORMAS/VIGENCIA DE NORMAS

La promulgación no es requisito indispensable para la vigencia de disposiciones que deban ser cumplidas por la misma administración.

JURISDICCION ROGADA/COSA JUZGADA RELATIVA/CONCEPTO DE VIOLACION

Si el artículo 137 del código Contencioso Administrativo exige en el numeral 4 que ``cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación´´, está demarcando el campo jurídico del proceso administrativo, impidiéndole a las partes y, particularmente al juez, explayarse en especulaciones ajenas a lo pedido y a la fundamentación legal de lo pedido. Eso conlleva, como es lógico, a que la decisión que se tome tenga el carácter de cosa juzgada en relación con el acto demandado y las normas señaladas como violadas por el mismo ya que, siendo la jurisdicción contencioso administrativa rogada, no puede el fallador extenderse al examen de toda normatividad susceptible de haber sido violada con dicho acto en la pretensión, que no le corresponde, de dictar una sentencia que tenga tránsito de cosa juzgada en forma absoluta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. treinta de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº 2262. Autoridades departamentales. Actor: Carlos Fernando Ossa Giraldo.

Entra a resolverse el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 25 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en cuanto a la decisión contenida en el numeral segundo de denegar ``las demás súplicas de la demanda´´. La acción ejercida es la pública de nulidad contra los artículos 2 y 5 de la Ordenanza Nº 001 del 15 de diciembre de 1981, expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda, por la cual se dispone el funcionamiento del área metropolitana conformada por los municipios de Pereira y Dosquebradas y se dictan otras normas complementarias, y contra el Decreto Nº 57 del 1º de febrero de 1982, por el cual se dicta el estatuto para dicha área metropolitana.

LA ACCION

El demandante, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó ante el *a quo* que se declarara la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) Los artículos 2º y 5º de la Ordenanza Nº 1 del 15 de diciembre de 1981, emanada de la Asamblea Departamental de Risaralda, ``por la cual se dispone el funcionamiento del Area Metropolitana conformada por los municipios de Pereira y Dosquebradas y se dictan otras normas complementarias´´.

b) El Decreto 57 del 1º de febrero de 1982, ``Por el cual se dicta el Estatuto del Area Metropolitana conformada con los municipios de Pereira y Dosquebradas´´, expedido por el Gobernador de Risaralda.

La fundamentación fáctica hace relación a que en el artículo 2º de la Ordenanza mencionada se autorizó ``por un término de 3 meses, contados a partir de la sanción de esta ordenanza al Gobernador del Departamento para que con sujeción a lo previsto en el Decreto 3104 de 1979 emanado de la Presidencia de la República, dicte el estatuto del Area Metropolitana conformada por los Municipios de Pereira y Dosquebradas´´, y a que según su último artículo, la mencionada ordenanza comenzará a regir a partir de la fecha de su sanción, la que a su vez se surtió por parte del Gobernador el 22 de diciembre de 1981.

Manifiesta por otra parte, que el Decreto 57 de 1982 se expidió con base en las referidas facultades extraordinarias; que el artículo 25 del decreto determina que éste empezará a regir a partir de la fecha de su expedición y que, según certificación del Director Ejecutivo del Fondo Editorial del Departamento de Risaralda, la ordenanza no fue publicada ni en 1981 ni en 1982 y que tampoco lo fue el decreto demandado y, por último, que el decreto fue expedido cuando no había sido aún publicada la Ordenanza número 1 de 1981.

Como normas superiores quebrantadas con los actos acusados, el actor señala el artículo 187 numeral 10 de la Constitución de 1886 equivalente al artículo 300, numeral 9 de la Constitución de 1991. Así también, los artículos 106 y 109 del Código de Régimen Políticio Municipal, vigente en la fecha de expedición de los actos demandados.

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal de primera instancia al decidir la demanda, decretó la nulidad del artículo 5º de la Ordenanza número 001 de 1981 y negó las demás súplicas.

Comienza el fallo explicando que ``cuando se expidieron las normas que son motivo de análisis en el *sub lite*, en cuanto a requisitos para su promulgación, las únicas vigentes destinadas a ser atendidas eran: el artículo 109 del C.R.P. y M. y el artículo 43 del C.C. Administrativo. Se deja ello anotado, porque en las diferentes intervenciones en el presente proceso, se ha hecho referencia a disposiciones expedidas con posterioridad, tales como la Ley 57 de 1985 y el C.R. Departamental de 1986, no llamados a ser aplicados con retroactividad´´.

Ya entrando en la materia objeto del litigio, se dice en la sentencia apelada que, para la época en que se expidieron la ordenanza y el decreto acusados, por ser normas de contenido general, mas no particular, la promulgación sólo podía darse a través del Diario Oficial, o en diario, gaceta o boletín que se hubiere destinado a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio risaraldense, de acuerdo con lo preceptuado en el ya referido artículo 43 del C.C.A., no procediendo, por tanto, la publicación por bando y a través de una cadena radial.

Afirma igualmente el proveído, que cuando se expidió la ordenanza acusada, estaba vigente el artículo 109 del C.R.P. y M. en el sentido de que en todo caso ninguna ordenanza podrá ser obligatoria antes de su promulgación, no pudiéndose ordenar entonces lo que en su artículo quinto se dispuso, esto es, que la ordenanza comenzaba a regir a partir de su sanción. Tal avieso proceder, concluye el Tribunal, conlleva a la declaratoria de nulidad de tal artículo.

No obstante, no se puede aplicar la misma medida al también demandado artículo segundo del mismo acto, según lo explica el Tribunal de la siguiente manera que, por no ser muy clara en su contexto, se transcribe en su original redacción:

> ``... Pero esta misma suerte no la puede correr el impugando artículo segundo de la misma ordenanza, ya que la norma no tenía como destinatarios a los administrados departamentales, específicamente los adscritos en el área metropolitana que se reglamentaba, sino al delegatario de la Asamblea Departamental, para que cumpliera función de aquella; lo que hizo una autoridad departamental, el señor Gobernador. Sólo a este (sic) le estaba señalando un término para que en su nombre atendiera una facultad constitucional, por permitirlo la Carta Política. Ya está dicho que a los administrados no se les podía exigir la norma general hasta que no se atendiera su promulgación; y ello naturalmente cabe para su consiguiente norma que estaba llamada a desarrollarla: El Decreto Departamental´´.

Aclara más adelante el *a quo* que, no habiéndose publicado la Ordenanza en las gacetas oficiales del Departamento en los años 1981 y 1982, y diciéndose lo mismo

del Decreto 057 de febrero 1º de 1982, la declaratoria de nulidad del artículo 5º de la Ordenanza, no afecta para nada el resto de sus normas; y que ella queda sometida a la regla general consistente en que rige sólo a partir de su publicación.

Concretándose después el Tribunal en la demanda del Decreto 57 de 1982, manfiesta que éste no pudo haber violado el artículo 109 del C. de R.P. y M., habida cuenta que este texto está regulando lo atinente a las ordenanzas, mas no a los decretos y agrega:

> ``Posiblemente tal artículo ha podido violar una norma diferente, pero sucede que la justicia contenciosa administrativa es rogada, lo que conlleva a que la decisión llamada a adoptar en la sentencia tiene que estar enmarcada dentro del señalamiento de las normas denunciadas como presuntamente violadas y de sus respectivos conceptos de violación´´.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

La señora apoderada de la parte demandante, al sustentar la apelación interpuesta contra el fallo relacionado en el capítulo anterior, se muestra en desacuerdo con la afirmación que en él se hace de que el destinatario de la orden allí contenida es el Gobernador y no la totalidad de los administrados, por lo cual si la información le llega a este funcionario, y es él quien debe cumplir el mandato, no es necesaria la publicación para la validez de la autorización de facultades extraordinarias´´. Expone la apelante, entre otras razones, las siguientes:

> ``La insersión (sic) en el diario o en la gaceta oficiales que realiza la exigencia de la publicidad, no busca enterar, solamente, a la sociedad de la existencia de una nueva norma jurídica, sino que, como en el caso presente, persigue colocar un hito temporal, una marca a partir de la cual la facultad radicada en la asamblea pasa efectivamente al Ejecutivo Departamental, en virtud de las autorizaciones que permite la Constitución. Esto tiene más claridad cuando la regla constitucional exige tanto la precisión en el revestimiento de las atribuciones al gobernador como su carácter *pro témpore*. Es decir, si las facultades no pueden trasladarse de la Asamblea al Gobernador de manera indefinida, intemporal y permanente, es necesario señalar el lapso de tiempo en que esas atribuciones pueden ser excepcionalmente ejercidas por el Gobernador, el período se inicia en una fecha cierta, y concluye en otra fecha cierta´´.

Lo anterior, sobre la negativa del Tribunal a declarar la nulidad del artículo 2º de la Ordenanza *sub judice*. A este respecto, dice además la recurrente que ``las personas que pertenecen a una sociedad políticamente organizada no pueden ser discriminadas en cuanto al conocimiento que pueden tener o no del orden jurídico o de la organización estatal. Todos los colombianos, así no tengan que cumplir la orden contenida en la providencia o en la ley a publicar, deben enterarse de los componentes

normativos del orden jurídico. La ordenanza en cuestión no tiene el régimen de los actos privados, para los cuales las relaciones particulares engendradas en ellos, los derechos y las obligaciones que originan y demás efectos, viven en el mundo de sus destinatarios, en el campo interpersonal que el negocio jurídico particular describe´´.

Ya, sobre el Decreto 57 de 1982, trae el recurso varios argumentos que tienden a contradecir la sentencia cuando afirma que el artículo 109 del Código de Régimen Político y Municipal sólo se refiere a las ordenanzas, mas no a los decretos y que si esa publicidad se exige por otra norma superior, ésta no fue citada en la demanda ni invocada para los efectos de la acusación en el proceso, por lo cual, siendo rogada la jurisdicción administrativa, el juez no puede remediar ese olvido de la demanda y que la falta de publicación no afecta la validez total del caso.

Sobre lo afirmado por el Tribunal, arguye la apelante:

``Si en su conformación normativa los decretos dictados en uso de precisas facultades extraordinarias conferidas por la Asamblea, son idénticos a las ordenanzas, es de lógica primitiva que tengan el mismo régimen y que, por lo tanto, les sea aplicable, en cuanto a la orden de publicidad el artículo 109 del código ya citado. Por supuesto que esto es un análisis que reviste una sistematización en la interpretación de la ley, porque ésta para su correcta hermeneútica no puede leerse tal como lo hace la sentencia, sin lógica jurídica alguna. Es en el 109 donde debe buscarse la orden de la publicidad y no en otra norma que puede referirse a otro tipo de disposición de naturaleza y contenido diferente a la de un decreto que tienen la jerarquía de una verdadera ordenanza y sus efectos jurídicos, su aplicación, sus formalidades, etc. guardan esa entidad´´.

ALEGATOS DE CONCLUSION.

Siguiendo el curso normal del proceso de segunda instancia, por auto del 26 de marzo del corriente año se dio traslado a las partes y a la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación por el término legal para efectos de alegar en conclusión. Tanto las partes como la funcionaria guardaron silencio.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA:

Las argumentaciones de la apelación apuntan a la negativa del Tribunal de declarar la nulidad del artículo 2º de la Ordenanza Nº 1 del 15 de diciembre de 1981, de la Asamblea del Departamento de Risaralda y del Decreto número 57 de 1982 expedido por el Gobernador del mismo Departamento.

Por medio de la Ordenanza se dispone el funcionamiento del Area Metropolitana conformada por los municipios de Pereira y Dosquebradas y se dictan normas complementarias.

Por medio del decreto se dicta el Estatuto del Area Metropolitana conformada por los municipios de Pereira y Dosquebradas.

El artículo 2º de la Ordenanza en mención, que es una de las disposiciones demandadas y cuya nulidad no fue decretada en la sentencia que se apela reza:

> ``Autorízase por un término de 3 meses, contados a partitr de la sanción de esta ordenanza al Gobernador del Departamento para que con sujeción a lo previsto en el Decreto 3104 de 1979, emanado de la Presidencia de la República, dicte el Estatuto del Area Metropolitana conformado por los Municipios de Pereira y Dosquebradas´´.

A folio 31 del cuaderno principal, al exponer la parte actora el concepto de la violación, comienza afirmando que ``Los artículos 2º y 5º de la ordenanza acusada, disponen que ella rige a partir de su sanción´´, lo que no es cierto en cuanto al primero de ellos. Según la transcripción que se acaba de hacer, lo que el texto bajo análisis dispone es una autorización al Gobernador durante el término de tres meses, los cuales deben ser contados a partir de la sanción de la ordenanza.

No se ve, sea dicho de una vez, cuál puede ser la razón válida para que se decrete la nulidad de esta disposición. El actor no hace observaciones sobre la legalidad o no de autorizar al gobernador para dictar el estatuto que le encomiendan. No discute tampoco el término de tres meses que para ello se le concede. Sobre el particular no se hace consideración de sustento ni se invoca ninguna norma superior que hubiere sido violada con lo prescrito. Pero como el actor hace una amalgama de este artículo segundo con el quinto de la misma ordenanza, invoca como norma común violada el artículo 109 del antiguo Código de Régimen Políticio y Municipal que hace relación directa a las ordenanzas, prescribiendo que éstas rigen en todo el territorio del departamento treinta días después de su publicación en el periódico oficial; es decir, es asunto exclusivamente relativo a los principios que regulan la entrada en vigencia de las disposiciones oficiales llamadas ordenanzas y que es aplicable, por razones obvias, sólamente al artículo quinto del acto acusado que reza: ``La presente ordenanza rige a partir de la fecha de su sanción´´.

Sin embargo, como la parte actora insiste en que no se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el artículo 109 de la Ley 4ª de 1913 y que la exigencia de la publicidad no busca enterar solamente a la sociedad de la existencia de una nueva norma jurídica, sino que, como en el caso presente, persigue colocar un hito temporal, una marca a partir de la cual la facultad radicada en la Asamblea pasa efectivamente al Ejecutivo Departamental, procede entonces hacer la siguiente reflexión:

De las premisas consistentes en que los actos administrativos de carácter general, entre los cuales se cuentan las Ordenanzas Departamentales, no son obligatorios para los particulares, mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, y en que todo acto que afecte los derechos de los gobernados debe ser promulgado del modo

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal de primera instancia al decidir la demanda, decretó la nulidad del artículo 5º de la Ordenanza número 001 de 1981 y negó las demás súplicas.

Comienza el fallo explicando que ``cuando se expidieron las normas que son motivo de análisis en el *sub lite*, en cuanto a requisitos para su promulgación, las únicas vigentes destinadas a ser atendidas eran: el artículo 109 del C.R.P. y M. y el artículo 43 del C.C. Administrativo. Se deja ello anotado, porque en las diferentes intervenciones en el presente proceso, se ha hecho referencia a disposiciones expedidas con posterioridad, tales como la Ley 57 de 1985 y el C.R. Departamental de 1986, no llamados a ser aplicados con retroactividad´´.

Ya entrando en la materia objeto del litigio, se dice en la sentencia apelada que, para la época en que se expidieron la ordenanza y el decreto acusados, por ser normas de contenido general, mas no particular, la promulgación sólo podía darse a través del Diario Oficial, o en diario, gaceta o boletín que se hubiere destinado a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio risaraldense, de acuerdo con lo preceptuado en el ya referido artículo 43 del C.C.A., no procediendo, por tanto, la publicación por bando y a través de una cadena radial.

Afirma igualmente el proveído, que cuando se expidió la ordenanza acusada, estaba vigente el artículo 109 del C.R.P. y M. en el sentido de que en todo caso ninguna ordenanza podrá ser obligatoria antes de su promulgación, no pudiéndose ordenar entonces lo que en su artículo quinto se dispuso, esto es, que la ordenanza comenzaba a regir a partir de su sanción. Tal avieso proceder, concluye el Tribunal, conlleva a la declaratoria de nulidad de tal artículo.

No obstante, no se puede aplicar la misma medida al también demandado artículo segundo del mismo acto, según lo explica el Tribunal de la siguiente manera que, por no ser muy clara en su contexto, se transcribe en su original redacción:

> ``... Pero esta misma suerte no la puede correr el impugando artículo segundo de la misma ordenanza, ya que la norma no tenía como destinatarios a los administrados departamentales, específicamente los adscritos en el área metropolitana que se reglamentaba, sino al delegatario de la Asamblea Departamental, para que cumpliera función de aquella; lo que hizo una autoridad departamental, el señor Gobernador. Sólo a este (sic) le estaba señalando un término para que en su nombre atendiera una facultad constitucional, por permitirlo la Carta Política. Ya está dicho que a los administrados no se les podía exigir la norma general hasta que no se atendiera su promulgación; y ello naturalmente cabe para su consiguiente norma que estaba llamada a desarrollarla: El Decreto Departamental´´.

Aclara más adelante el *a quo* que, no habiéndose publicado la Ordenanza en las gacetas oficiales del Departamento en los años 1981 y 1982, y diciéndose lo mismo

del Decreto 057 de febrero 1º de 1982, la declaratoria de nulidad del artículo 5º de la Ordenanza, no afecta para nada el resto de sus normas; y que ella queda sometida a la regla general consistente en que rige sólo a partir de su publicación.

Concretándose después el Tribunal en la demanda del Decreto 57 de 1982, manfiesta que éste no pudo haber violado el artículo 109 del C. de R.P. y M., habida cuenta que este texto está regulando lo atinente a las ordenanzas, mas no a los decretos y agrega:

> ``Posiblemente tal artículo ha podido violar una norma diferente, pero sucede que la justicia contenciosa administrativa es rogada, lo que conlleva a que la decisión llamada a adoptar en la sentencia tiene que estar enmarcada dentro del señalamiento de las normas denunciadas como presuntamente violadas y de sus respectivos conceptos de violación´´.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

La señora apoderada de la parte demandante, al sustentar la apelación interpuesta contra el fallo relacionado en el capítulo anterior, se muestra en desacuerdo con la afirmación que en él se hace de que el destinatario de la orden allí contenida es el Gobernador y no la totalidad de los administrados, por lo cual si la información le llega a este funcionario, y es él quien debe cumplir el mandato, no es necesaria la publicación para la validez de la autorización de facultades extraordinarias´´. Expone la apelante, entre otras razones, las siguientes:

> ``La insersión (sic) en el diario o en la gaceta oficiales que realiza la exigencia de la publicidad, no busca enterar, solamente, a la sociedad de la existencia de una nueva norma jurídica, sino que, como en el caso presente, persigue colocar un hito temporal, una marca a partir de la cual la facultad radicada en la asamblea pasa efectivamente al Ejecutivo Departamental, en virtud de las autorizaciones que permite la Constitución. Esto tiene más claridad cuando la regla constitucional exige tanto la precisión en el revestimiento de las atribuciones al gobernador como su carácter *pro témpore*. Es decir, si las facultades no pueden trasladarse de la Asamblea al Gobernador de manera indefinida, intemporal y permanente, es necesario señalar el lapso de tiempo en que esas atribuciones pueden ser excepcionalmente ejercidas por el Gobernador, el período se inicia en una fecha cierta, y concluye en otra fecha cierta´´.

Lo anterior, sobre la negativa del Tribunal a declarar la nulidad del artículo 2º de la Ordenanza *sub judice*. A este respecto, dice además la recurrente que ``las personas que pertenecen a una sociedad políticamente organizada no pueden ser discriminadas en cuanto al conocimiento que pueden tener o no del orden jurídico o de la organización estatal. Todos los colombianos, así no tengan que cumplir la orden contenida en la providencia o en la ley a publicar, deben enterarse de los componentes

normativos del orden jurídico. La ordenanza en cuestión no tiene el régimen de los actos privados, para los cuales las relaciones particulares engendradas en ellos, los derechos y las obligaciones que originan y demás efectos, viven en el mundo de sus destinatarios, en el campo interpersonal que el negocio jurídico particular describe´´.

Ya, sobre el Decreto 57 de 1982, trae el recurso varios argumentos que tienden a contradecir la sentencia cuando afirma que el artículo 109 del Código de Régimen Político y Municipal sólo se refiere a las ordenanzas, mas no a los decretos y que si esa publicidad se exige por otra norma superior, ésta no fue citada en la demanda ni invocada para los efectos de la acusación en el proceso, por lo cual, siendo rogada la jurisdicción administrativa, el juez no puede remediar ese olvido de la demanda y que la falta de publicación no afecta la validez total del caso.

Sobre lo afirmado por el Tribunal, arguye la apelante:

``Si en su conformación normativa los decretos dictados en uso de precisas facultades extraordinarias conferidas por la Asamblea, son idénticos a las ordenanzas, es de lógica primitiva que tengan el mismo régimen y que, por lo tanto, les sea aplicable, en cuanto a la orden de publicidad el artículo 109 del código ya citado. Por supuesto que esto es un análisis que reviste una sistematización en la interpretación de la ley, porque ésta para su correcta hermeneútica no puede leerse tal como lo hace la sentencia, sin lógica jurídica alguna. Es en el 109 donde debe buscarse la orden de la publicidad y no en otra norma que puede referirse a otro tipo de disposición de naturaleza y contenido diferente a la de un decreto que tienen la jerarquía de una verdadera ordenanza y sus efectos jurídicos, su aplicación, sus formalidades, etc. guardan esa entidad´´.

ALEGATOS DE CONCLUSION.

Siguiendo el curso normal del proceso de segunda instancia, por auto del 26 de marzo del corriente año se dio traslado a las partes y a la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación por el término legal para efectos de alegar en conclusión. Tanto las partes como la funcionaria guardaron silencio.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA:

Las argumentaciones de la apelación apuntan a la negativa del Tribunal de declarar la nulidad del artículo 2º de la Ordenanza Nº 1 del 15 de diciembre de 1981, de la Asamblea del Departamento de Risaralda y del Decreto número 57 de 1982 expedido por el Gobernador del mismo Departamento.

Por medio de la Ordenanza se dispone el funcionamiento del Area Metropolitana conformada por los municipios de Pereira y Dosquebradas y se dictan normas complementarias.

Por medio del decreto se dicta el Estatuto del Area Metropolitana conformada por los municipios de Pereira y Dosquebradas.

El artículo 2º de la Ordenanza en mención, que es una de las disposiciones demandadas y cuya nulidad no fue decretada en la sentencia que se apela reza:

> ``Autorízase por un término de 3 meses, contados a partitr de la sanción de esta ordenanza al Gobernador del Departamento para que con sujeción a lo previsto en el Decreto 3104 de 1979, emanado de la Presidencia de la República, dicte el Estatuto del Area Metropolitana conformado por los Municipios de Pereira y Dosquebradas´´.

A folio 31 del cuaderno principal, al exponer la parte actora el concepto de la violación, comienza afirmando que ``Los artículos 2º y 5º de la ordenanza acusada, disponen que ella rige a partir de su sanción´´, lo que no es cierto en cuanto al primero de ellos. Según la transcripción que se acaba de hacer, lo que el texto bajo análisis dispone es una autorización al Gobernador durante el término de tres meses, los cuales deben ser contados a partir de la sanción de la ordenanza.

No se ve, sea dicho de una vez, cuál puede ser la razón válida para que se decrete la nulidad de esta disposición. El actor no hace observaciones sobre la legalidad o no de autorizar al gobernador para dictar el estatuto que le encomiendan. No discute tampoco el término de tres meses que para ello se le concede. Sobre el particular no se hace consideración de sustento ni se invoca ninguna norma superior que hubiere sido violada con lo prescrito. Pero como el actor hace una amalgama de este artículo segundo con el quinto de la misma ordenanza, invoca como norma común violada el artículo 109 del antiguo Código de Régimen Polítício y Municipal que hace relación directa a las ordenanzas, prescribiendo que éstas rigen en todo el territorio del departamento treinta días después de su publicación en el periódico oficial; es decir, es asunto exclusivamente relativo a los principios que regulan la entrada en vigencia de las disposiciones oficiales llamadas ordenanzas y que es aplicable, por razones obvias, sólamente al artículo quinto del acto acusado que reza: ``La presente ordenanza rige a partir de la fecha de su sanción´´.

Sin embargo, como la parte actora insiste en que no se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el artículo 109 de la Ley 4ª de 1913 y que la exigencia de la publicidad no busca enterar solamente a la sociedad de la existencia de una nueva norma jurídica, sino que, como en el caso presente, persigue colocar un hito temporal, una marca a partir de la cual la facultad radicada en la Asamblea pasa efectivamente al Ejecutivo Departamental, procede entonces hacer la siguiente reflexión:

De las premisas consistentes en que los actos administrativos de carácter general, entre los cuales se cuentan las Ordenanzas Departamentales, no son obligatorios para los particulares, mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, y en que todo acto que afecte los derechos de los gobernados debe ser promulgado del modo

como lo ordena la ley y no puede regir sin este requisito, se colige que la promulgación no es requisito indispensable para la vigencia de disposiciones que deban ser cumplidas por la misma administración.

Según jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en sentencia del 15 de septiembre de 1943, Anales del Consejo Tomo LI, números 329-334, pag. 184, no es nula la disposición de una Ordenanza que establece que ella rige desde su sanción, cuando ella se refiere a los poderes públicos para los cuales la promulgación no es necesaria. No así cuando se refiere a las personas que están obligadas a cumplirla y obedecerla por virtud de la promulgación.

Y en sentencia del 29 de octubre de 1946, esta misma Corporación sostiene que ``Hay leyes y ordenanzas que se refieren a los ciudadanos y que éstos deben obedecer y cumplir en virtud de la promulgación, pero hay otras que se refieren a los poderes públicos y para los cuales es innecesaria la publicación´´.

Con relación al Decreto 567 de 1982 sobre el cual la sentencia del Tribunal afirma que según el artículo 25, rige desde su expedición, ha podido violar otras normas diversas al artículo 109 del C.R.P. y M., esta Sala considera que le asiste la razón toda vez que si el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo exige en el numeral 4 que ``cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación´´, está demarcando el campo jurídico del proceso administrativo, impidiéndole a las partes y, particularmente al juez, explayarse en especulaciones ajenas a lo pedido y a la fundamentación legal de lo pedido, Esto conlleva, como es lógico, a que la decisión que se tome tenga el carácter de cosa juzgada en relación con el acto demandado y las normas señaladas como violadas por el mismo ya que, siendo la jurisdicción contencioso administrativa rogada, no puede el fallador extenderse al examen de toda normatividad susceptible de haber sido violada con dicho acto en la pretensión, que no le corresponde, de dictar una sentencia que tenga tránsito de cosa juzgada en forma aboluta.

Es así como esta Sala, al respaldar la decisión del *a quo* de no encontrar que el decreto demandado viola el artículo 109 del código citado, se reafirma en lo que había precisado en su sentencia del 31 de enero de 1990 cuando expresó que,

> ``Los fallos en esta jurisdicción no solamente están alinderados por las peticiones concretas de la demanda, sino principalmente por las normas legales que en ella se citan como violadas, y sustancialmente limitados al concepto de la violación que de tales disposiciones legales exponga el actor. Es tan indispensable que el demandante exprese las disposiciones que considera vulneradas y el concepto de esa violación, que bien podría suceder que al fallar el juicio se encontrara que el acto no es ilegal por el aspecto contemplado por el demandante y en cambio si lo fuera por violar otras disposiciones, o por violar las

citadas por él pero en otro sentido no pudiendo en consecuencia el juzgador declararlo nulo. La sentencia no puede fundamentarse en disposiciones legales no citadas. O en conceptos jurídicos no alegados. De allí que la exigencia del numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo sea esencial en la demanda ante éstos tribunales´´. (Exp. Nº 1175, Ponente, Dr. Samuel Buitrago Hurtado).

En concordancia con 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 del Ministerio Público.

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME ESTA PROVIDENCIA, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 29 de julio de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ALCALDE-Facultades/ORDENADOR DEL GASTO MUNICIPAL

El artículo 315-9 de la Carta Política erige al alcade en ordenador de los gastos municipales, de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto lo que impide el que cualquier otro organismo o funcionario de la administración central de los municipios, salvo a través de delegación legalmente otorgada, pueda ser designado para tales efectos, mucho menos aún si se tiene en cuenta que, frente al caso *sub judice*, de ninguna de las atribuciones de los concejos, consagradas en el artículo 313 de la misma Carta, pueda inferirse siquiera, que tales corporaciones administrativas, y menos aún sus presidentes, puedan ser odenadores de los gastos presupuestales para su funcionamiento. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 8º, ordinal 2º del Acuerdo 055 de 2 de diciembre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta de julio de mil novecientos noventa y tres

Consejero Ponente: *Doctor. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2545. Actor: Fabio Bonilla Fernández

Procede la Sección 1ª a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda proferido el 13 de mayo de 1993 por el Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto en él se negó la solicitud de suspensión provisional del ordinal 2º del artículo 8º del Acuerdo Nº 055 de 2 de diciembre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio, ``por el cual se modifica en algunas disposiciones del reglamento interno del Concejo de Villavicencio``cuya declaratoria de nulidad, entre otras disposiciones, se solicita en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

I. EL ACTO ACUSADO

El mencionado artículo 8º, ordinal 2º del Acuerdo Nº 055 de 1992, dispuso lo siguiente:

``ARTICULO 8º. Modifícase el artículo 73 del Acuerdo 053 de 1986, el cual quedará así:

``Son funciones del Presidente:

``...

``2º Ordenar y autorizar los gastos con cargo al presupuesto de la Corporación´´ (fl. 2vto- Cdno. Ppal.).

II. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En su solicitud, el accionante formula los siguientes cargos en contra del acto acusado (fl. 5 *ibídem*):

Primer cargo. Violación manifiesta de los artículos 121 y 313 de la Constitución Política y 93 del Decreto 1333 de 1986, pues en ninguno de ellos se atribuye a los presidentes de los concejos municipales la función de ``...ordenar y autorizar gastos del presupuesto asignados al Cabildo...´´.

Segundo cargo. Violación de los artículos 314, 315-9 de la Constitución Política, 131 y 132-9 del Decreto 1333 de 1986, ``...por cuanto la atribución de representar legalmente al municipio y ordenar sus gastos, corresponde exclusivamente al alcalde´´.

III. LA DECISION IMPUGNADA

El Tribunal *a quo*, con salvamento de voto de uno de sus miembros, denegó la medida solicitada, pues consideró que el acto acusado no incurre en violación flagrante de ninguna de las disposiciones invocadas por el actor, en razón a que ``...no se entendería cómo pudiese funcionar un concejo si su presidente no puede ordenar y autorizar los gastos, obviamente propios de la Corporación que preside, con cargo al presupuesto que para el efecto le ha sido asignado´´.

Agrega que ``sería absurdo por decir lo menos que el alcalde como jefe del ejecutivo municipal, fuese el funcionario que autorice dichos gastos, si esto último fuera así, el alcalde estaría invadiendo la órbita funcional de la entidad edilicia, en donde ella a través de la autonomía que tiene y, en cabeza de su presidente puede ordenar y autorizar los gastos, para ejercer sus propias funciones´´ (fl. 129 Cdno. Ppa.).

IV. LA SUSTENTACION DEL RECURSO

El apelante fundamenta, en los siguientes términos, su inconformidad para con la providencia recurrida (fl. 24 *ibídem*):

> ``Considero que las razones que se aducen para no decretar la suspensión de tal numeral, están dentro de la órbita de lo que conviene, pero ajenas al debate jurídico, si violan o no las normas que se invocan violadas. Mientras la ley no le asigne tal autonomía presupuestal a los concejos, mal pueden éstos como lo están haciendo arrogarse la facultad de darse tales atribuciones, que corresponden con exclusividad al alcalde. Toda razón le asiste al señor magistrado disidente quien sí estima por los motivos que en salvamento consigna, que el numeral 2º transgrede de manera manifiesta el artículo 315 ord. 9 de la Constitución Nacional´´.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Independientemente de los interrogantes que, planteados en la providencia recurrida, sirvieron de fundamento para denegar la medida precautelativa impetrada, la Sala considera que, sin necesidad de emprender un estudio de fondo, la alegada violación manifiesta del artículo 315-9 de la Carta Política se advierte a primera vista, pues la meridiana claridad y perentoriedad del mandato contenido en dicha norma constitucional, la cual erige al alcalde en ordenador ``...de los gastos municipales, de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto´´, impide el que cualquiera otro organismo o funcionario de la administración central de los municipios, salvo a través de delegación legalmente otorgada, pueda ser designado para tales efectos, mucho menos aún si se tiene en cuenta que frente al caso *sub júdice*, de ninguna de las atribuciones de los concejos, consagrados en el artículo 313 de la misma carta, puede inferirse siquiera, que tales corporaciones administrativas, y menos aún sus presidentes, pueden ser ordenadores de los gastos presupuestados para su funcionamiento.

Por las anotadas razones, previa revocatoria de la decisión apelada, en la parte resolutiva de esta Providencia se decretará la suspensión provisional de los efectos del artículo 8º, ordinal 2º del Acuerdo N° 055 de 2 de diciembre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio.

En mérito de lo expuesto, la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1. REVOCASE el ordinal 1º de la parte resolutiva del auto de 13 de mayo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante el cual se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y en su lugar se dispone:

a) DECRETASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 8º ordinal 2º. del Acuerdo Nº 055 de 2 de diciembre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio.

b) Con envío de copia, comuníquese esta decisión a los señores alcalde y presidente del Concejo Municipal de Villavicencio.

2. En firme esta Providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previa las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintinueve de julio de mil novecientos noventa y tres

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

VEEDOR DEL TESORO-Funciones

Al haberse limitado en la norma acusada el ejercicio de la función constitucional atribuida al Veedor del Tesoro, al término de tres (3) meses anteriores a cada elección, el Presidente de la República, con exceso de la facultad de reglamentación a él atribuída, incurrió en franca y manifiesta transgresión del artículo Transitorio 34 de la Carta. El decreto demandado, a través de los incisos aquí controvertidos, convirtió una función otorgada por el Constituyente en forma exclusiva y excluyente al Veedor, en una atribución compartida con la Procuraduría General de la Nación, sin ningún sustento, entregándole inclusive a esta última el poder decisorio definitivo en el ejercicio de la función y dejando al funcionario competente en virtud de la norma constitucional, solamente un poder condicionado y no definitivo. Para la Sala es claro que al expedir el Decreto 2093 de 1991, con la expresión los incisos cuya suspensión se solicita, el gobierno desbordó el marco constitucional establecido en el artículo transitorio 34 de la Constitución Política de 1991. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la expresión ``...durante los tres (3) meses anteriores a cada elección...´´, contenida en el inciso primero, y de los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Doctor. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2555. Actor: Antonio José Navarro Wolff.

El ciudadano Antonio José Navarro Wolff, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación para deman-

dar, previa suspensión provisional, la declaratoria de nulidad de la expresión ``...durante los tres (3) meses anteriores a cada elección...´´, contenida en el inciso primero, y los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 6 de septiembre de 1991, ``por el cual se desarrolla el artículo 34 transitorio de la Constitución Política´´, contentivo en términos generales de la reglamentación de las funciones del Veedor del Tesoro, expedido por el señor Presidente de la República, con las firmas del señor Ministro de Relaciones Exteriores, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Gobierno, y del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Como quiera que la demanda reúne los requisitos consagrados en los artículos 137 y ss. del C.C.A., será admitida en la parte resolutiva de esta providencia.

I. SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En acápite especial de la demanda, el accionante solicita la suspensión provisional de la expresión ``...durante los tres (3) meses anteriores a cada elección...´´, contenida en el inciso primero y de los incisos segundo y tercero de la disposición ya citada, pues considera que aquella y éstos incurren en manifiesta violación del artículo transitorio 34 y de los artículos 113, 150 numerales 1 y 23, y 277 numeral 10 de la Constitución Política, por las razones que se resumen a continuación (fls. 12 a 18).

Primer cargo. La expresión cuya suspensión provisional se solicita, viola el artículo 34 transitorio de la Carta, toda vez que si esta norma constitucional establece como función del Veedor del Tesoro, designado para un período de tres años, la de ``...impedir el oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado...´´, el gobierno no podía restringir a sólo tres meses el ejercicio de esa función, que le corresponde cumplir durante la totalidad del término de su mandato.

Si de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española ``impedir´´ significa estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa, y conforme al Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos dicho término es sinónimo de precaver, interrumpir, frenar, contener, paralizar, parar, desbaratar, empantanar, atascar, entrabar, ello implica ``...que la función del Veedor no se limita a inspeccionar y vigilar los recursos del Tesoro ni a denunciar ante otras autoridades el uso que se haga de los recursos del Tesoro con fines electorales´´.

Adicionalmente, ``Con la limitación a la posibilidad del Veedor de aplicar medidas precautelativas en cualquier momento durante los tres años de su mandato, el decreto gubernamental incurre en un vicio grave de inconstitucionalidad, pues sólo permite el cumplimiento de la atribución de ``impedir´´ la utilización de los dineros del Tesoro durante una parte de su mandato; y lo coloca, en contraposición con la Carta, en una situación de exceso en el ejercicio de sus funciones, cuando impide la mala utilización de los dineros públicos en otro momento no coincidente con los tres meses previos a la respectiva elección´´.

Segundo cargo. Los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, incurren en violación del artículo 34 transitorio de la Carta Política, pues ``...al disponer que el Veedor deberá notificar a la Procuraduría de manera inmediata la suspensión en la ejecución de una partida, la cual se debe pronunciar dentro de los 10 días siguientes sobre la validez de los motivos expuestos, convierte al Veedor en un simple sustanciador o tramitador ante la Procuraduría´´, olvidando el gobierno que dicha norma constitucional creó el cargo de Veedor como un funcionario autónomo.

``Pero no se detuvo ahí el decreto en la *capitis deminutio* de la condición del Veedor, sino que estableció que si la Procuraduría General acoge la decisión de la Veeduría, las partidas no podrán ejecutarse; pero en caso contrario, o sea, si la Procuraduría no está de acuerdo con la decisión de la Veeduría, se podrán continuar los trámites administrativos correspondientes´´.

Si el artículo 34 transitorio de la Carta dispone que el Veedor tendrá derecho a pedir y a obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia y de los organismos que cumplan funciones de Policía Judicial, en este sentido su rango puede ser igual o superior al del Procurador o al del Contralor, pero en ninguna manera, como lo pretenden los incisos cuya suspensión provisional se pide, situar al Veedor en un rango inferior al de cualquiera de ellos.

Aún cuando el artículo 34 transitorio de la Carta no ubica al Veedor dentro de las Ramas del Poder Público (art. 113) ni dentro de los Organos de Control (art. 117) ni dentro de la Organización Electoral (art. 120), sus funciones lo caracterizan como órgano de control autónomo. Esta fue la razón que tuvo la Comisión Codificadora de la Asamblea Nacional Constituyente para situar la referida norma constitucional dentro del Capítulo 4 de las disposiciones transitorias, el cual se refiere a la Organización Electoral. Por ello, el Veedor no puede considerarse como subalterno del Procurador, ni como funcionario de la Rama Jurisdiccional, regulados en el Capítulo 3 de las disposiciones transitorias.

En consecuencia, ``al trasladar las funciones del Veedor al Procurador, el decreto cuestionado no sólo violó el texto de la norma constitucional, o sea, el artículo 34 transitorio, sino que ignoró el sentido mismo que la Asamblea Nacional Constituyente quiso dar a la figura del Veedor, desconociendo además el pacto político que le dio origen´´.

Tercer cargo. Los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, al conferir una nueva función al Procurador, ``...sin tener autorización de la Asamblea Nacional Constituyente para ello, el gobierno no sólo excedió las facultades conferidas por el artículo 34 transitorio de la Constitución, sino que también desconoció el mandato del artículo 277 numeral 10 de la Constitución que dispone que la ley puede otorgar otras funciones al Procurador además de las contenidas en la norma´´.

Por la anotada razón, el decreto mencionado desconoció el artículo 150, numerales 1 y 23 de la Carta, que asignan como funciones del Congreso las de hacer las leyes y expedir aquellas que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

Por último, ``...al arrogarse el gobierno la función legislativa con la expedición del artículo 11 cuestionado, violó la separación de las funciones entre los órganos del Estado, en contraposición con el artículo 113 de la Constitución´´.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente a avocar el estudio del asunto, la Sala pone de presente su competencia para ejercer el control constitucional del Decreto 2093 de 1991, reglamentario del artículo 34 transitorio de la Constitución Política, en virtud de la cláusula residual de competencia que al Consejo de Estado le atribuye el numeral 2 del artículo 237 de la misma Carta.

Para efectos del análisis de los cargos formulados, la Sala transcribe a continuación la norma acusada y el artículo 34 transitorio de la Carta Política, que constituyen las disposiciones fundamentales de la controversia.

Decreto 2093. ``Artículo 11. En armonía con el artículo anterior, el Veedor del Tesoro podrá durante de los tres (3) meses anteriores a cada elección como medida precautelativa, suspender mediante resolución motivada la ejecución de partidas presupuestales destinadas a financiar asociaciones, corporaciones, fundaciones, cuando a su juicio éstas tengan por objeto financiar campañas políticas o influir en los resultados electorales. Igualmente, podrá suspender la ejecución de partidas presupuestales que, a su juicio, hayan sido dispuestas para influir en los resultados electorales.

``En caso de la suspensión en la ejecución de una partida, el Veedor deberá notificar, de manera inmediata, a la Procuraduría General de la Nación, la cual se debe pronunciar dentro de los diez (10) días siguientes, sobre la validez de los motivos expuestos en la resolución correspondiente.

``Si la Procuraduría General acoge la decisión de la Veeduría, las partidas no podrán ejecutarse y las entidades correspondientes adelantarán las investigaciones y tomarán las acciones a que haya lugar. En caso contrario se podrán continuar los trámites administrativos correspondientes´´.

Constitución Política. ``Artículo transitorio 34. El Presidente de la República, en un plazo no mayor de ocho días hábiles contados a partir de la promulgación de esta Constitución, designará, por un período de tres años un ciudadano que tendrá la función de impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas

electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o la ley. Para este efecto tendrá derecho a pedir y obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia y de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial.

``El Presidente de la República reglamentará esta norma y le prestará al ciudadano designado todo el apoyo administrativo y financiero que le fuere indispensable´´.

En relación con el primer cargo, fomulado en contra de la expresión ``...durante los tres (3) meses anteriores a cada elección´´, contenida en el inciso primero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, y una vez efectuada su confrontación con el artículo transitorio 34 de la Constitución Política y analizadas las razones expuestas por el peticionario de la medida, la Sala considera que la expresión acusada resulta clara y ostensiblemente violatoria del mandato contenido en dicha disposición constitucional, toda vez que, a excepción de los aportes que conforme a la Constitución y a la ley se asignen para la financiación de las campañas electorales, a los cuales se refiere el artículo 15 del decreto parcialmente acusado, la función de ella atribuida al Veedor, consistente en ``...impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales...´´, sólo tiene como límite temporal para su ejercicio el término de tres años que allí se establece como el de duración de dicha función pública.

En efecto, la Sala considera que al haberse limitado en la norma acusada el ejercicio de la función constitucional atribuída al Veedor del Tesoro, al término de tres (3) meses anteriores a cada elección, el Presidente de la República, con exceso de la facultad de reglamentación a él atribuida, incurrió en franca y manifiesta transgresión del artículo transitorio 34 de la Carta, razón por la cual en la parte resolutiva de esta providencia se decretará la suspensión provisional de la frase ``...durante los tres (3) meses anteriores a cada elección...´´ a la cual se contrae este cargo.

Adicionalmente, y sin perjuicio de lo expuesto, la Sala hace notar que la frase cuya suspensión provisional se decretará, contradice radicalmente lo dispuesto por el artículo 16 del mismo decreto parcialmente acusado, pues, en perfecta armonía con el mandado constitucional, en este último sí se determina que ``las atribuciones **del Veedor se ejercerán** de oficio o a petición de parte, para impedir el uso de recursos públicos o del exterior en las campañas electorales que se efectúen **en el término señalado por la Constitución**´´ (subraya la Sala).

En relación con el segundo cargo, formulado en contra de los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, por ser violatorios del artículo transitorio 34 de la Constitución Política, la Sala considera que también está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

El artículo transitorio 34 de la Constitución atribuye expresa y claramente como función central del Veedor la de ``impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o la ley´´, y que para ese efecto tendrá derecho a pedir y obtener la colaboración de todos los organismos públicos que ejerzan funciones de control y vigilancia y de policía judicial, sin que de ninguna parte su texto pueda inferirse que esa función deba o pueda ser compartida con otra autoridad ni condicionada su efectividad o validez a la voluntad de autoridad diferente.

Frente a lo anterior, los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, contrariando claramente lo expresado, consagran la participación de la Procuraduría General de la Nación en el ejercicio de la citada función del Veedor, en términos tales que implican, como lo anotó esta Sala en sentencia del 2 de agosto pasado (Expediente Nº 2006, Actor: Vicente Miranda Melo, Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano), que de la voluntad de la Procuraduría depende no sólo la validez del acto sino, inclusive, su existencia, pues se trataría de un acto complejo que no nace a la vida jurídica sino por la conjunción de las dos voluntades, lo cual llevo a la Sala en esa oportunidad a inhibirse para hacer un pronunciamiento de fondo en relación con el acto allí demandado, teniendo en cuenta la presunción de legalidad que gozaba el Decreto 2093 de 1991.

Es decir que el decreto demandado, a través de los incisos aquí controvertidos, convirtió una función otorgada por el Constituyente en forma exclusiva y excluyente al Veedor, en una atribución compartida con la Procuraduría General de la Nación, sin ningún sustento, entregándole inclusive a esta última el poder decisorio definitivo en el ejercicio de la función y dejando al funcionario competente en virtud de la norma constitucional, solamente un poder condicionado y no definitivo.

La Sala hace notar, igualmente, que el mismo Decreto 2093, en su artículo 1º, de manera esa sí concordante con la norma constitucional, consagra de manera expresa que las funciones señaladas en el artículo transitorio 34 de la Constitución ``serán ejercidas por un Veedor del Tesoro, en todo el territorio nacional, **en forma autónoma e independiente**´´ (subraya la Sala).

En las anteriores circunstancias para la Sala es claro que al expedir el Decreto 2093 de 1991, con la expresión y los incisos cuya suspensión se solicita, el gobierno desbordó el marco constitucional establecido en el artículo transitorio 34 de la Constitución Política de 1991, configurándose la infracción de esta norma con la característica de infracción manifiesta que exige el numeral 2) del artículo 152 del C.C.A. para que proceda la suspensión provisional de las disposiciones demandadas, la cual se decretará en la parte resolutiva de esta providencia.

Prosperando la solicitud de suspensión provisional por las razones anteriores, no es necesario el análisis del tercer cargo.

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

RESUELVE:

1. ADMITESE la demanda presentada por el ciudadano Antonio José Navarro Wolff.

En consecuencia se dispone:

a) Tener como parte demandante al citado ciudadano.

b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público.

c) Notifíquese personalmente esta decisión a los citados Ministros y al señor Veedor del Tesoro, como persona interesada en las resultas del proceso, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

e) Fíjese en lista el presente negocio por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

f) Solicítese a la Presidencia de la República, por intermedio de su Secretaría General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado dentro del término de diez (10) días, a partir de aquél en que reciba el correspondiente oficio.

g) En acatamiento a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, y en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso, el demandante deberá depositar la suma de cinco mil ($ 5.000) pesos m/cte., en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

2. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de la expresión ``...durante los tres (3) meses anteriores a cada elección...´´, contenida en el inciso primero, y de los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cinco de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PATENTE DE INVENCION

La Sala llega a la conclusión que la patente de invención consistente en la ``COMPOSICION JABONOSA REPELENTE DE INSECTOS´´ no tiene la característica de medicamento ni puede considerarse como sustancia terapéutica activa, por lo que dicha invención no está enmarcada dentro de la prohibición que contempla el artículo 50 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente cuando se expidieron los actos acusados, por lo cual, la Superintendencia de Industria y Comercio ha debido otorgar el privilegio de patente de invención a la sociedad actora, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 20 *ibidem*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., seis de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: Doctor. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Referencia: Expediente N° 1600. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actora: SOCIEDAD SIMMONS NOMINESS PTY LTD.

La sociedad SIMMONS NOMINESS PTY LTD., a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a que se hagan las siguientes declaraciones:

I. PETITUM

1ª Que se decrete la nulidad de la Resolución N° 000637 de 15 de febrero de 1990, mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio negó la solicitud de patente de invención formulada por la actora consistente en ``COMPOSICION JABONOSA REPELENTE DE INSECTOS´´, tramitada dentro del expediente N° 244.725.

2ª Que se decrete la nulidad de la Resolución N° 5213 de 4 de julio de 1990, mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio confirmó la Resolución anteriormente mencionada.

3ª Que se decrete la nulidad del acto presunto de la Superintendencia de Industria y Comercio, proveniente del silencio adminstrativo negativo, al no haberse decidido por ese organismo dentro del término de dos meses los recursos interpuestos en el memorial presentado el 16 de abril de 1990 contra la Resolución primeramente citada.

4ª Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la actora acreditó ante la Superintendencia de Industria y Comercio su derecho a que se le conceda la patente de invención solicitada el 17 de mayo de 1985 consistente en ``COMPOSICION JABONOSA REPELENTE DE INSECTOS´´, cuyo trámite se adelantó y completó en el expediente N° 244.725, y, que, por lo tanto, se ordene a la citada entidad pública otorgar dicha patente de privilegio de invención y expedir el correspondiente título de patente.

II. CAUSA PETENDI

II.1. En apoyo de sus pretensiones la demandante adujo principalmente lo siguiente:

1° Por no haber sido aplicados o haberlo sido incorrectamente, se violaron los artículos 31 y 120 numeral 18 de la Constitución Nacional de 1886, ya que se negó la concesión del privilegio de invención a la actora sobre el invento útil y habiendo llenado a cabalidad los requisitos que para ello exigen las disposiciones legales.

2° Se quebrantaron los artículos 1° y 5° literal c de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por cuanto el primero de ellos no se aplicó a pesar de que la solicitante acreditó plenamente su derecho a la patente mediante el cumplimiento de todas las exigencias legales y porque el segundo se aplicó erróneamente pues la composición objeto del invento, no es un producto farmacéutico, ni un medicamento, ni una sustancia terapéuticamente activa, como tampoco es un alimento ni bebida para el uso humano, animal o vegetal.

3° Se infringieron los artículos 20 y 29 *ibidem*, ya que un concepto desfavorable no era procedente puesto que el objeto de la invención no está incluido dentro de las prohibiciones del literal c del artículo 20, y si no se consideraron aceptables las reivindicaciones 9 y 10 y la solicitud prescindió de ellas, ha debido otorgarse el título de patente incluyendo solamente las ocho primeras reivindicaciones que no habían sido objeto de objeción alguna.

III. TRAMITE DE LA ACCION

III.1. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

La Nación -Superintendencia de Industria y Comercio- no contestó la demanda.

La sociedad demandante alegó conclusión ratificando los puntos planteados en el libelo demandatorio.

III.2. Concepto fiscal:

La señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidaria de que se acceda a las súplicas de la demanda con fundamento en que conforme a las definiciones del Decreto 2092 de 2 de julio de 1986 (artículos 1° y 2°) la composición jabonosa no se encuentra dentro del concepto de droga ni medicamento, lo cual es ratificado por el concepto técnico dado por el químico farmacéutico Carlos Eduardo Calderón Gómez.

Además la Resolución N° 7485 de 4 de junio de 1991, expedida por la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Salud certifica que los repelentes de insectos, no están clasificados como medicamentos sino como productos varios.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El punto central de la controversia lo constituye la característica de producto terapéuticamente activo que la Superintendencia de Industria y Comercio encontró en la solicitud de la patente de invención consistente en ``COMPOSICION JABONOSA REPELENTE DE INSECTOS´´. Así se infiere del contenido de la Resolución 000637 de 15 de febrero de 1990, la cual tuvo como fundamento para su expedición el concepto técnico N° 614 de 25 de agosto de 1989, rendido por el Examinador de la Oficina Técnica de Patentes, que dictaminó lo siguiente:

> ``Del estudio de la presente solicitud se conceptúa que tanto el compuesto químico repelente (N.N -dietilo-metatoluamida) como el insecticida (Permethring 25/75) que forman parte junto con la mezcla de jabones a base de aceites vegetales de una ``composición jabonosa repelente de insectos´´, son considerados como productos terapéuticamente activos, teniendo en cuenta que su función o actividad es básicamente la de evitar, prevenir o proteger que el organismo sano, especialmente de un ser humano, sea afectado por la inoculación de gérmenes nocivos por parte de insectos, especialmente moscas y mosquitos que causen la enfermedad o muerte de dicho organismo. Por lo tanto, desde este punto de vista, esta solicitud no es patentable según el artículo 5° literal c)

de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, que limita tal privilegio por tratarse de sustancias terapéuticamente activas´´ (folio 3).

Dentro de las pruebas aportadas por la actora tendientes a desvirtuar los fundamentos de los actos acusados, obra el concepto técnico emitido por el Químico Farmacéutico Carlos Eduardo Calderón Gómez, quien el referirse al concepto técnico antes transcrito, manifestó´´

``...Considero equivocada esta apreciación del señor examinador, porque la sustancia jabonosa repelente de insectos, objeto de la solicitud de patente no se emplea para diagnóstico, tratamiento o curación de alguna enfermedad sino simplemente para alejar los insectos dañinos, y por esto, si alguna de las sustancias que la componen pudiera considerarse como terapéuticamente activa, la destinación que se le da impide que sea considerada como tal porque no se aplica como agente terapéutico, sino simplemente como un alejador o repelente de los insectos. No aplicándosele esa composición para fines terapéuticos no puede considerarse en este caso como terapéuticamente activa, ya que no está destinada a la curación o prevención de una enfermedad orgánica...´´ (folios 123 a 126).

El Jefe de la División de Medicamentos del Ministerio de Salud, en certificación visible a folio 230 del expediente expresó:

``...De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, Decreto 2092 de 1986, los REPELENTES DE INSECTOS, no están clasificados como MEDICAMENTOS, sino como PRODUCTOS VARIOS...´´

Las puebas enunciadas permiten a la Sala llegar a la conclusión que si la patente de invención consistente en la ``COMPOSICION JABONOSA REPELENTE DE INSECTOS´´ objeto de la solicitud de patente radicada bajo el expediente N° 244.725 no tiene la característica de medicamento ni puede considerarse como sustancia terapéuticamente activa, conceptos éstos, que no han sido objetados ni desvirtuados en el proceso, dicha invención no está enmarcada dentro de la prohibición que contempla el artículo 5° literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente cuando se expidieron los actos acusados, por lo cual la Superintendencia de Industria y Comercio ha debido otorgar el privilegio de patente de invención a la sociedad actora, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 20 *ibidem.*

Por la razón antes anotada habrá lugar a declarar la nulidad de la Resolución N° 000637 de 15 de febrero de 1990, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio. Igual decisión comprenderá a la Resolución N° 5213 de 4 de julio de 1990 de la misma entidad, pero por la consideración hecha en la demanda por la sociedad actora, en el sentido de que por ministerio del artículo 7° del Decreto Ley 2304 de 7 de octubre de 1989 la aludida Superintendencia perdió competencia para resolver el

recurso de reposición que aquélla interpuso el 16 de abril de 1990, por haber transcurrido más de dos meses sin haber notificado decisión expresa sobre el mismo. Cabe resaltar que la declaratoria de inexequibilidad del artículo 7° en mención solamente se produjo en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de junio de 1990, fallo éste que sólo produce efectos hacia el futuro.

La consideración precedente dio lugar a que en el caso *sub examine* hubiera operado el silencio administrativo negativo el 16 de junio de 1990 frente al recurso interpuesto el día 16 de abril del mismo año (folios 5 y 6), acto presunto que deberá anularse por las razones aducidas en esta parte motiva.

Como consecuencia de las nulidades a declarar y a título de restablecimiento del derecho se dispondrá que la Superintendencia de Industria y Comercio conceda la patente de invención que ha dado origen a este proceso en cuanto a las reivindicaciones 1 a 8, dado que las 9 y 10 fueron desistidas, según consta en el primer acto acusado, y expida el certificado correspondiente.

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

FALLA

1° DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. 000637 de 15 de febrero de 1990 y 5213 de 4 de julio de 1990, expedidas por la Superintedencia de Industria y Comercio, y del acto presunto, proveniente del silencio administrativo negativo que operó frente al recurso de reposición interpuesto, contenido en el escrito de 16 de abril de 1990.

2° Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho ORDENASE a la Superintendencia de Industria y Comercio conceder el privilegio de patente de invención en favor de la SOCIEDAD SIMMONS NOMINESS PTY LTD. del invento denominado ``COMPOSICION JABONOSA REPELENTE DE INSECTOS´´, teniendo en cuenta las reivindicaciones 1 a 8 de la solicitud tramitada bajo el expediente N° 244.725 y expedirle el certificado correspondiente.

3° DEVUELVASE el remanente de la suma depositada como gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 5 de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONCEJO MUNICIPAL/QUORUM DECISORIO/CONCEJAL SUPLENTE

Como en las mencionadas sesiones asistieron seis Concejales, de los once que integran el Concejo Municipal, encontrándose entre aquéllos un suplente, sin estar facultado legalmente para ello, esto significa que los acuerdos acusados fueron aprobados en debates en que asistieron válidamente solamente cinco concejales, con lo cual no se satisfizo el *quórum* decisorio requerido por el inciso 2º del artículo 70 del C. de R.M.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº 1817. Recurso de apelación contra la sentencia del 1º de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar. Actor: Elias Alfonso Daza Rincones.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 1º de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. ELIAS ALFONSO DAZA RINCONES, obrando en su propio nombre, acudió ante el Tribunal Administrativo del Cesar, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., para que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que es nulo el Acuerdo Nº 007 de 5 de diciembre de 1990. ``Por medio del cual se expide el presupuesto de rentas e ingresos, gastos e inversiones del municipio de San Diego (Cesar) para la vigencia comprendida entre el primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de 1991´´, expedido por el Concejo Municipal de esa localidad.

2ª Que es nulo el programa de inversiones provenientes de los recursos del IVA, contenido en el Acuerdo Nº 002 del 26 de noviembre de 1990 ``Por medio del cual se aprueba el programa municipal de inversiones con recursos del IVA para el año de 1991 y se conceden unas facultades del Alcalde Municipal´´, Acuerdo éste que forma parte del Acuerdo Nº 007 del 5 de diciembre de 1990 y que fue aprobado con la objeción hecha por el alcalde.

3ª Que como consecuencia de lo anterior se decrete la validez del Acuerdo Nº 007 del 16 de noviembre de 1990, enviado por el Concejo Municipal al alcalde para su sanción, y se obligue a éste a sancionarlo.

4ª Que se declare la validez del Acuerdo Nº 02 pero de 31 de agosto 1990, el cual no tiene las objeciones del alcalde.

I.2. Como normas violadas señalaran en la demanda los artículos 70 a 72, 75, 265 y 266 del C. de R.M.; 89, 91, 94 a 98 del Decreto Ley 77 de 1987.

I.3. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de primera instancia del 1º de agosto de 1991, la cual fue oportunamente apelada por el señor Alcalde del Municipio de San Diego (Cesar).

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para decretar la nulidad de los Acuerdos Nos. 002 del 26 de noviembre de 1990 y 007 del 5 de diciembre de 1990 el *a quo* razonó, en el acápite correspondiente, de la siguiente manera:

1. A la pretensión del actor, que se contrae a invocar la nulidad de los acuerdos antes mencionados, de conformidad con las certificaciones que obran a folios 109 a 119, el Concejo Municipal de San Diego se encuentra conformado por 11 Concejales principales con sus respectivos suplentes. De acuerdo con los artículos 70 y 71 del C. de R.M., iguales en su contenido a los artículos 82 y 83 de la Constitución de 1886, para la existencia del *quórum* decisorio es menester que participe la mitad más uno de los miembros que integran la Corporación, lo cual quiere decir que en este caso para tomar decisiones se necesitaba de la asistencia válida de 6 concejales.

2. A las sesiones del Concejo celebradas los días 2, 18, 22 y 26 de noviembre, 4 y 5 de diciembre de 1990 asistió el concejal suplente AUGUSTO E. SANCHEZ

CALDERON; y a las sesiones de los días 2 y 22 de noviembre, 4 y 5 de diciembre de 1990 también asistió el concejal DESIDERIO BARROS OÑATE.

3. Conforme al artículo 72 del C. de R.M., los concejales suplentes sólo podrán actuar válidamente cuando se presente vacancia transitoria o absoluta, o ausencia temporal del respectivo concejal principal, circunstancia que debe comprobarse documentalmente ante la Secretaría del Concejo.

Según la certificación que obra a folio 102, AUGUSTO E., SANCHEZ CALDERÓN y DESIDERIO BARROS OÑATE no figuran autorizados por sus respectivos principales para asistir a loas sesiones. Por ello, los acuerdos acusados, por mandato expreso del artículo 90 ibidem, deben ser anulados por convenir dichas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El alcalde del municipio de San Diego adujo como motivos de discrepancia con el fallo apelado los siguientes:

1. Hay casos en los cuales los concejales suplentes pueden actuar válidamente sin necesidad de la autorización escrita del concejal principal y pueden existir normas que regulen la actuación de los suplentes, como el artículo 61 de la Ley 11 de 1986.

2. Se probó en el proceso si el Concejo Municipal de San Diego tiene o no su propio reglamento interno, o si existe por lo menos certificación de la Secretaría del Concejo en tal sentido?. Si existe reglamento interno, cuáles son las normas referentes a la validez de las convocatorias a las reuniones y a la actuación de los concejales elegidos en calidad de suplentes?

3. No dirá el reglamento interno que los concejales suplentes puedan actuar en ausencia del principal mientras no hayan sido expresamente desautorizados por éste?

4. No es necesaria la autorización del concejal principal, sino que lo importante es la ocurrencia de la vacancia absoluta o transitoria, o la ausencia temporal, y que se demuestre documentalmente esta circunstancia, para evitar que actúen dos concejales en la misma curul.

5. El hecho de que en la certificación de la Secretaría del Concejo no aparezca la lista de los concejales suplentes que fueron autorizados por sus respectivos principales, no quiere decir que aquellos no hayan sesionado válidamente.

6. Si existen pasos definidos y distintos en el procedimiento para la creación de los acuerdos municipales, la ausencia de una formalidad en una de sus etapas puede subsanarse por la voluntad de una posterior, como ocurrió en este caso.

IV. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo considera que el fallo no puede ser confirmado dado que era forzoso consultar el reglamento del Concejo Municipal de San Diego si lo había, y, en caso contrario, dar aplicación al artículo 72 del Estatuto Municipal, el cual debe entenderse en el sentido de que la actuación de los suplentes sólo depende de la vacancia o ausencia de los principales debidamente comprobada y no de la autorización de éstos.

La certificación que tuvo en cuenta el Tribunal no permite concluir sobre la no validez de la actuación de los suplentes, sino que ha debido inquirir sobre el Reglamento Interno y la prueba de la ausencia de los principales para adoptar la decisión.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el caso *sub examine* hubo necesidad de proferir auto para mejor proveer en razón de que se hacia necesario recaudar algunas pruebas con la finalidad de esclarecer puntos dudosos u oscuros de la controversia, tales como: si existía o no reglamento interno del Consejo Municipal de San Diego (Cesar); si los concejales principales LILIA GARRIDO DE MURGAS Y WILLIAM ARAUJO PERTUZ se excusaron de asistir a la sesiones del Concejo Municipal los días 2, 18, 22 y 26 de noviembre, 4 y 5 de diciembre de 1990 y/o autorizaron a los suplentes DESIDERIO BARROS OÑATE Y AUGUSTO E SANCHEZ CALDERON; o si se presentó vacancia transitoria en las currules de aquéllos por el desempeño de cargos oficiales.

Con base en las pruebas allegadas la Sala ha establecido lo siguiente:

A folios 27 a 38 del cuaderno Nº 2 obra el reglamento interno del Concejo Municipal de San Diego (Cesar), que en su artículo 28 preceptúa:

> ``Los Concejales suplentes sólo podrán actuar válidamente cuando se presente la vacancia transitoria o absoluta, o la ausencia temporal del respectivo Concejal principal y éstas circunstancias se comprueben documentalmente ante la Secretaría del Concejo´´.

El artículo 27 del mismo, que corresponde a los artículos 70 del C. de R.M. y 82 de la Carta de 1886 (vigente cuando se expidió el acto acusado), establece que el quórum decisorio se integra con ``la mitad más uno de los integrantes de la corporación´´.

El artículo 68 del citado reglamento, que corresponde a los artículos 71 del C. de R.M. y 83 de la Carta de 1886, estatuye que la mayoría decisoria en el Concejo la constituirá ``la mitad más uno de los votos de los asistentes´´.

Conforme a la certificación expedida por la Secretaría del Concejo Municipal de San Diego (folio 25 *ibídem*), no existe constancia de que la concejal principal LILIA GARRIDO DE MURGAS se hubiera excusado de asistir a las sesiones en referencia. En cuanto toca al concejal principal WILLIAM ARAUJO PERTUZ, desde el 25 de julio de 1990 se encontraba laborando como médico de planta de centro de salud del citado municipio, circunstancia esta corroborada por el jefe de personal del hospital Rosario Pumarejo de López en certificación expedida el 22 de febrero de 1991, visible a folio 26 del mismo cuaderno, lo cual significa que operó la vacancia transitoria de su curul, al tenor de lo preceptuado en el artículo 75 del C. de R.M., y habilitaba parte actuar válidamente al suplente de su lista AUGUSTO E. SANCHEZ CALDERON.

De lo precedente se colige que la irregularidad se presentó en relación con el concejal DESIDERIO BARROS OÑATE, suplente de LILIA GARRIDO DE MURGAS, quien asistió a las sesiones de los días 2 de noviembre, 4 y 5 de diciembre de 1990 (folios 10 a 11, 33 y 34 *ibidem*), en que se aprobó en primero, segundo y tercer debate al Acuerdo Nº 007 de 5 de diciembre de 1990, y a la sesión del 22 de noviembre del mismo año (folios 26 a 30 del mismo cuaderno), en que se aprobó en segundo debate el Acuerdo Nº 002 de 26 de noviembre de 1990.

Como en las mencionadas sesiones asistieron seis Concejales, de los once que integran el Concejo Municipal de San Diego (folios 109 a 119 *ibidem*), encontrándose entre aquéllos el suplente DESIDERIO BARROS OÑATE, sin estar facultado legalmente para ello, conforme se anotó anteriormente, esto significa que los acuerdos acusados fueron aprobados en debates en que asistieron válidamente solamente cinco concejales, con lo cual no se satisfizo el *quórum* decisorio requerido por el inciso 2º del artículo 70 del C. de R.M., justificándose así la declaratoria de nulidad de los actos acusados que hizo el *a quo* por las razones antes expresadas.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 5 de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTROL FISCAL MUNICIPAL/CONTRALORIA MUNICIPAL-Funciones

La vigilancia de la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y DE SUS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS, donde haya Contralorías, le corresponde a éstas. Esto significa que a la luz de dichos preceptos superiores 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 éstas existen, o en su defecto la Contraloría Departamental. En consecuencia, el Concejo Municipal al crear el cargo de Auditor de las entidades descentralizadas del orden municipal, determinar sus funciones, forma de elección y calidades, a través del acuerdo, contravino en forma manifiesta las disposiciones superiores antes mencionadas. DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos del Acuerdo Nº 21 de 12 de noviembre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Pivijay (Magdalena).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia Expediente Nº 2551. Recurso de apelación contra el auto de 18 de mayo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena. Actor: AUGUSTO BORNACELLY ORDOÑEZ.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra el auto de 18 de mayo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en cuanto denegó la **suspensión provisional** del acto administrativo acusado.

I. ANTECEDENTES

I.1. El ciudadano AUGUSTO BORNACELLY ORDOÑEZ, obrando en su propio nombre, y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.A.A., acudió ante el Tribunal Administrativo del Magdalena a presentar demanda para que se declare la nulidad, previa suspensión provisional, del Acuerdo Nº 21 de 12 de noviembre de 1992, ``Por medio del cual se crea el cargo de Auditor de las entidades descentralizadas del orden municipal´´, expedido por el Concejo Municipal de Pivijay (Magdalena).

Como normas violadas se señalaron en el libelo demandatorio los artículos 272 de la Constitución Nacional y 304 y 307 del Decreto 1333 de 1986.

I.2. La solicitud de suspension provisional.

Aparece sustentada en un acápite especial de la demanda, en el cual se arguye esencialmente lo siguiente:

De la simple confrontación del acto demandado y de los artículos 272 de la Constitución Nacional, 304 y 307 del Decreto 1333 de 1986, se desprende la manifiesta infracción de los segundos por el primero, lo que debe producir la nulidad de éste y su suspensión provisional.

Al existir en el Municipio de Pivijay Contraloría Municipal y un Contralor debidamente designado según las prescripciones del inciso cuarto del artículo 272 de la Constitución, no podía el Concejo de esta localidad crear el cargo de Auditor de las entidades descentralizadas, y menos asignarle estas funciones:

``a) Velar por el cabal cumplimiento del control fiscal de las entidades descentralizadas del orden municipal, observando en todo caso que se haga de conformidad a las leyes y disposiciones vigentes sobre la materia.

``b) Vigilar el manejo y la gestión financiera de las entidades descentralizadas del orden municipal, mediante la revisión de cuentas, recibos, y demás documentos probatorios de las operaciones que éstas realicen´´.

II. LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Para despachar desfavorablemente la suspensión provisional impetrada, el *a quo*, razonó de la siguiente manera:

El acuerdo cuestionado se fundamenta en los artículos 92 numeral 3º y 93 numeral 2º del C. de R.M., el primero de los cuales da a los concejos municipales la atribución de ``determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las

distintas categorías de empleos´´. La otra norma establece como atribución legal de los Concejos: ``Elegir personeros, contralores, secretarios de concejos y auditores o revisores de las entidades descentralizadas cuando las disposiciones vigentes así lo autoricen. Cuando los auditores o revisores cumplan su función ante la administración central, serán designados por los respectivos contralores municipales´´.

Al facultar el artículo 93 en su atribución 2ª, modificada por el artículo 1º de la Ley 53 de 1990, a los concejos municipales a elegir auditores o revisores de las entidades descentralizadas del orden municipal cuando las disposiciones vigentes así lo autoricen, no puede concluirse que **prima facie** se hayan violado con el acto acusado las normas antes citadas, ya que hay un sustento que da en principio visos de legalidad al acuerdo cuestionado, y que habrá que desentrañar más profundamente en la sentencia, no en este momento procesal, en cuanto a la vigencia de normas que autoricen la elección de tales auditores, o mejor, al significado de tal expresión.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El accionante para impetrar la revocatoria del auto impugnado, aduce fundamentalmente lo siguiente:

La apreciación del Tribunal que no se observa que el acto acusado transgreda las normas constitucionales y legales invocadas en la demanda como infringidas, resulta contraria a los criterios sentados por el Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia del 27 de noviembre de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Libardo Rodríguez, que es en la cual se sustenta la demanda y la solicitud de suspensión provisional.

El Consejo de Estado ha precisado que la creación de auditorías independientes de las contralorías municipales, como lo hace el acto demandado, es contraria al artículo 272 de la actual Constitución, que en esencia reproduce el inciso segundo del artículo 190 de la Constitución de 1886.

Por ser violatorio el acto acusado del artículo 272 de la Constitución Nacional y demás normas invocadas en la demanda, como así lo ha sostenido el Consejo de Estado en la providencia citada, en cuanto con él se organiza una auditoría paralela e independiente a la Contraloría Municipal de Pivijay, con manifiesta vulneración del mencionado precepto, debe anularse y suspenderse provisionalmente en sus efectos.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Para impetrar la suspensión provisional del acuerdo acusado el actor invoca como disposiciones violadas los artículos 272 de la Constitución Nacional, que corresponde al artículo 190 de la Constitución de 1886, 304 y 307 del Decreto 1333 de 1986, los cuales son del siguiente tenor:

``ARTICULO 272. **La vigilancia de la gestión fiscal** de los departamentos, distritos y **municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas** y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal...´´.

``ARTICULO 304. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a contralorías municipales. (artículo 190, inciso 2º, de la Constitución Política).

``ARTICULO 307. Además de las que señalen las leyes y los acuerdos del concejo, **los contralores tendrán las siguientes atribuciones**:

1. **Vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas** y la manera de rendir cuentas a los responsables del manejo de fondos o bienes municipales.

2. Exigir informes a los empleados municipales sobre su gestión fiscal, y

3. Revisar y fenecer las cuentas de los ingresos y gastos públicos, a fin de determinar si se han hecho de acuerdo con las disposiciones vigentes´´. (Subrayas fuera del texto).

De la preceptiva de los artículos transcritos se infiere con claridad meridiana que la vigilancia de la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y DE SUS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS, donde haya Contralorías, le corresponde a éstas. Esto significa que a la luz de dichos preceptos superiores 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 éstas existen, o en su defecto la Contraloría Departamental.

En el caso sub examine al existir Contraloría Municipal en Pivijay (Magdalena), conforme se acredita con la certificación obrante a folio 6 (Cdno. 1), a ésta le corresponde la vigilancia fiscal de dichas entidades.

En consecuencia, el Concejo Municipal de Pivijay (Magdalena) al crear el cargo de auditor de las entidades descentralizadas del orden municipal, determinar sus funciones, forma de elección y calidades, a través del Acuerdo Nº 21 de 12 de noviembre de 1992, amparado en el artículo 93 del Decreto 1333 de 1986, numeral 2º modificado por la Ley 53 de 1990, contravino en forma manifiesta las disposiciones superiores antes mencionadas.

Cabe resaltar que en un caso similar la Sala en sentencia de 26 de febrero de 1993 (Expediente Nº 2207. Actor: Oscar J. Uribe M. Consejero Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez), dijo, en lo pertinente:

> ``...Siguiendo los principios que han orientado el control fiscal, encontramos que la existencia del mismo se ha determinado constitucionalmente (artículo 190 inciso 2º de la Constitución de 1886, hoy artículo 272 inciso 2º), cuando preceptúa que la gestión fiscal de los municipios corresponde a las 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...´´ (Las mayúsculas son del texto).

Las razones anteriores justifican que se revoque el auto apelado, y, se disponga, en su lugar, la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

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

RESUELVE:

REVOCASE el auto apelado, y en su lugar, se dispone: DECRETASE la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo Nº 21 de 12 de noviembre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Pivijay (Magdalena).

Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación

No basta con que realmente existan motivos para la expedición de un acto, sino que éstos deben trascender cuando se exterioriza la voluntad administrativa para que los interesados puedan conocerlos y controvertirlos bien sea en la vía gubernativa o en la instancia jurisdiccional. De ahí que la obligación de motivar las decisiones esté íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho de defensa. Además estamos en presencia de una actividad reglada donde no pueden presumirse los motivos, máxime si la decisión que se toma en un momento dado puede afectar o perjudicar al administrado.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia Expediente Nº 2412. Recurso de apelación contra la sentencia de 11 de febrero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: Corporación Universitaria Antonio Nariño.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda por ella incoada en ejercicio de la acción que consagra el artículo 85 del C.C.A., contra el oficio Nº 1240 de 10 de julio de 1989, expedido por el Director General del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ``ICFES´´, dirigido a la actora comunicándole la no aprobación del Centro Regional de Educación a Distancia en Anserma (Caldas).

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Consideró el fallador de primer grado, en síntesis, lo siguiente:

1. Arguye la demandante haber cumplido a plenitud el requisito consagrado en el artículo 7º del Decreto 1820 de 1983, puesto que había recibido previamente autorización del ICFES para iniciar programas de Ingeniería de Sistemas en la modalidad de Centro Regional de Educación a Distancia -CREAD-. Al respecto estima la Sala que si se cumplió con un requisito previo en nada se violó la norma jurídica con el acto acusado, por cuanto un programa de este tipo para su iniciación requiere aprobación del ICFES. Si este organismo la concedió satisfizo lo pedido por el solicitante y, por ende, no contraviene la norma citada. Podría darse eventualmente una violación en el caso de que se le negara la autorización cuando el interesado hubiere acreditado todos los requisitos exigidos por la ley y los reglamentos.

2. El actor expresa que se violó el artículo 35 del C.C.A. porque la demandada en el acto acusado no explicó las razones que la condujeran a la decisión de no aprobar la solicitud formulada.

El acto acusado se refiere a los criterios y procedimientos contemplados en el Acuerdo 193 de 1986.

La demandante en su demanda afirma haber cumplido con los requisitos de que trata este acuerdo.

En los antecedentes administrativos aparece un estudio realizado por el Prof. Esp. Div. EAD y Tec. Educativa por el cual se informa al jefe de la Div. EAD y Tecnología Educativa, el 31 de agosto de 1988, que la Corporación Universitaria Antonio Nariño omitió los dos factores determinantes para el desarrollo de programas a distancia: tutoría y materiales autoinstruccionales (módulos) y que en consecuencia así no puede operar satisfactoriamente, por lo cual la decisión sobre su aprobación debe ser negativa.

Lo anterior demuestra que el acto administrativo sí se motivó sumariamente, o sea que no se violó el artículo 35 del C.C.A.

3. La Sala no entra al análisis de la violación del artículo 26 de la Constitución Política de 1886, por cuanto el actor no expresa el concepto de la violación sino simplemente plantea la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa como consecuencia de la no motivación al menos sumaria del acto acusado.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Finca el recurrente su inconformidad con el fallo apelado en los siguientes motivos que pueden resumirse así:

1. La sentencia recurrida debe ser revocada por cuanto interpretó erróneamente el artículo 35 del C.C.A. En efecto, el vicio que se le endilga al acto acusado consiste en que no fue motivado, es decir, no se señalaron las razones presuntamente aducidas por el ICFES para haberse abstenido de aprobar la instalación de un CREAD en Anserma (Caldas) y tal conducta privó a la demandante de poder ejercer a plenitud el derecho de defensa.

2. La motivación de un acto no es ni puede ser una característica accidental en la validez, eficacia y legalidad de una decisión administrativa.

No puede decirse que el requisito de la motivación se puede satisfacer haciendo mención simplemente a disposiciones de carácter general.

3. El informe que tiene en cuenta el Tribunal es una información interna que la demandante no tuvo oportunidad de conocer, contestar e incluso subsanar.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolverse previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El oficio Nº 1240 de 10 de julio de 1989, que constituye el acto acusado, expresa:

> ``...De conformidad con el Acuerdo 193 de 1986 por el cual se establecen criterios y procedimientos para la creación y funcionamiento de Centros Regionales de Educación a Distancia, CREAD, me permito comunicarle que el centro regional que su institución estableció en Anserma (Caldas) no ha sido aprobado´´ (folio 13 cuaderno principal).

El Acuerdo 193 de 1986 a que se refiere el oficio antes transitorio autoriza crear centros regionales de educación a distancia y prevé para el funcionamiento de éstos, requisitos tales como: previa petición escrita del representante legal de la institución acompañada de las características y cuantificación de la población, descripción de la infraestructura física y la utilización que se le dará, descripción de recursos humanos, de la dotación y financiación para el funcionamiento del centro, programas que se van a desarrollar, convenios que se suscriban para el funcionamiento y la financiación del centro, objeto del convenio si se van a celebrar convenios interinstitucionales, obligación de las partes en el mismo, costo total del convenio, mecanismo de control y seguimiento de la ejecución del convenio y duración del mismo.

Los anteriores requisitos deberán ser analizados y evaluados por la subdirección de fomento del ICFES, cuyo concepto sirve de fundamento a la posterior decisión que debe adoptar el Director General.

Como se puede observar pueden ser diversas las causas que dan lugar a la improbación de un CREAD. Por esta razón se hace necesario que el acto del Director General que decide sobre la solicitud mencione siquiera la o las causales que justifican la no aprobación o autorización.

No basta con que realmente existan motivos para la expedición de un acto, sino que éstos deben trascender cuando se exterioriza la voluntad administrativa para que los interesados puedan conocerlos y controvertirlos bien sea en la vía gubernativa o en la instancia jurisdiccional. De ahí que la obligación de motivar las decisiones esté íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho de defensa.

Ahora bien. el *a quo* afirma que los motivos del acto impugnado están contenidos en el informe de 31 de agosto de 1988. Sin embargo, el Subdirector de Fomento del ICFES, con fecha 7 de julio de 1989, esto es, 3 días antes de la expedición del acto acusado, dirige un informe al Director del ICFES indicando que no se ha dado curso a la solicitud de la demandante debido a que se estaba llevando a cabo en ese entonces el proceso de inspección y vigilancia que dio lugar a la sanción establecida en el Acuerdo 033 de 10 de marzo de 1988, por estar dicha entidad desarrollando el primer ciclo del programa tecnológico en sistemas de datos a distancia en Anserma (Caldas) y la realidad es que actualmente el CREAD está funcionando ilegalmente y matriculando nuevos estudiantes, situación ésta que amerita ser resuelta con urgencia por lo cual se sugiere comunicar a la institución la no aprobación (folios 33 a 35 cuaderno Nº 2).

A folios 36 a 37 *ibídem*, la Jefe Div. EAD. y Tec. Educativa se dirige al Subdirector de Fomento, el 16 de febrero de 1989, comunicándole que se elaboró un proyecto de resolución aprobando el CREAD en Anserma para no perjudicar a los estudiantes vinculados y con el fin de efectuar posteriormente una evaluación ``*in situ*´´ y decidir si podrán recibir nuevos alumnos y que sólo resta la decisión de las directivas que tengan a bien formular.

Las anteriores circunstancias ponen en evidencia la carencia de motivos en el acto acusado y no puede tenerse por motivado éste cuando de los antecedentes administrativos que obran en el proceso no puede establecerse siquiera cuál fue la verdadera causa que condujo a la Dirección General de ICFES a expedir el mismo.

Sobre este aspecto esta Corporación en diversos pronunciamientos ha expresado que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso la conduzcan a adoptar una decisión y que son las que constituyen la causa o motivo del acto administrativo.

Además estamos en presencia de una actividad reglada donde no pueden presumirse los motivos, máxime si la decisión que se toma en un momento dado puede afectar o perjudicar al administrado.

También ha reiterado esta Corporación que no puede tenerse como motivación seria, adecuada o suficiente, el empleo de las fórmulas de comodín, es decir, aquéllas susceptibles de ser aplicadas a todos los casos, a pesar de sus especiales peculiaridades.

Lo expuesto lleva a la Sala a la conclusión que en el evento *sub lite* no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 35 del C.C.A., transgrediendo de esta manera el derecho de defensa, por lo cual es procedente acceder a declarar la nulidad del acto impugnado.

Solicita la actora a título de restablecimiento del derecho: a) Se disponga que la Corporación Universitaria Antonio Nariño está autorizada para establecer en Anserma (Caldas) un CREAD; y b) Se condene al ICFES a pagar los perjuicios ocasionados con la decisión asumida, debidamente actualizados a la fecha de la sentencia junto con el correspondiente lucro cesante, y, fundados principalmente en las utilidades que ha dejado de percibir durante todo este tiempo.

En cuanto a la primera pretensión de restablecimiento del derecho no puede la Sala ordenar a una autoridad administrativa que autorice a la institución universitaria demandante a establecer en determinado lugar un CREAD, pues para ello es menester que aquélla cumpla con los requisitos exigidos por la ley o los reglamentos, y las autoridades judiciales en este caso no son las llamadas a analizar y evaluar la documentación aportada y por lo mismo conceptuar sobre la aprobación de un programa a desarrollar, por cuanto estos aspectos no han sido objeto de análisis en el proceso. Por ello, como consecuencia de la nulidad se ordenará a dicha entidad expedir el acto que motivamente resuelva la solicitud.

No prosperando esta pretensión, por ende la condena en perjuicios que es una consecuencia de ésta, no puede despacharse favorablemente.

Por lo demás, los supuestos perjuicios no aparecen acreditados en el proceso y la base de los mismos no puede ser la proyección de inscritos y matriculados que aparece a folios 16 a 23 del cuaderno principal, pues de una parte ellas se refieren al año de 1988 y parte de 1989, fechas éstas en las que aún no se habían resuelto la solicitud, y además, como su nombre lo indica, ``proyecciones´´ se trata de algo hipotético, eventual y por lo mismo no refleja la realidad.

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:

1. **REVOCASE** la sentencia proferida el 11 de febrero de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar se dispone: **DECLARASE** la

nulidad del Oficio Nº 1240 de 10 de julio de 1989, expedido por el Director General del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES-.

2. Como consecuencia de la declaración anterior, **ORDENASE** al Director General de la citada entidad resolver de manera motivada en relación con la solicitud de funcionamiento del CREAD en Anserma (Caldas), formulada por la accionante.

3. **DENIEGANSE** las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 5 de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONCESION PORTUARIA/SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS-Atribuciones.

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, está a primera vista, sobrepasando y entrando en abierta violación del artículo 9º numeral 9.8 de la Ley 1ª de 1991. DECRETA LA NULIDAD de la Circular Nº 004 del 11 de septiembre de 1992, suscrita por el Superintendente General de Puertos.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº 2260. Autoridades Nacionales. Actor: Germán Alfonso Oliveros.

En la demanda de la referencia, se interpuso la acción de nulidad contra la Circular Nº 004 del 11 de septiembre de 1992, suscrita por el Superintendente General de Puertos. Según el actor, en ella se señala:

``...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 (2) periódicos de amplia circulación nacional, no puede ser la misma, y por ende, tampoco la fecha de publicación de los dos ``segundos avisos´´.

En la circular se manifiesta que dicha determinación se toma ``al tenor de lo establecido en el artículo 9º, numeral 9.8 de la Ley 01 de 1991 y literal c) del artículo 7º del Decreto 838 de 1992´´.

Manifiesta el actor que demanda la circular por inconstitucional y por ilegal. Expone así sus razones:

NORMAS SUPERIORES CITADAS COMO VIOLADAS EXPLICACION DEL CONCEPTO

El demandante cita como trangredidos las siguientes normas superiores: el artículo 84 de la Constitución Nacional; la Ley 1ª de 1991, artículo 9º numeral 9.8; el Decreto 838 de 1992, artículo 7º, numeral (sic) c).

Dice el actor, que con la circular demandada –una instrucción dada por el superior a sus subalternos– se pretende explicar el sentido de la ley citada y del reglamento D.R. 838/92 y se violan las normas que se quieren interpretar, dándose una extralimitación por exceso. Estas son palabras suyas:

``Tanto la norma legal como la reglamentaria son claras en cuanto expresan que el peticionario de una concesión portuaria debe hacer unas publicaciones en dos periódicos de amplia circulación nacional para informar respecto de su solicitud con los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4 del artículo 9º de la Ley 1ª de 1991. Igualmente es clara la norma al indicar que tales publicaciones deben hacerse en ``dos días distintos, con intervalo de diez días entre cada publicación. En el mismo sentido es el mandato del artículo 7º, lit. c) del Decreto Reglamentario 838 de 1992.

``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 de veinte (20) días hábiles. Con lo anterior, la circular viola la norma interpretada y la 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´´.

Las normas legales citadas son también infringidas, según señala el demandante, cuando la interpretación es impuesta ``a todas las personas interesadas en una

concesión portuaria´´. Por otra parte, estando definido y reglamentado el trámite para las solicitudes de otorgamiento y el trámite administrativo en esas normas, la circular demandada introduce requisitos adicionales violando así, de manera ostensible, el artículo 84 de la Constitución Nacional.

INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA

La apoderada judicial de la Superintendencia General de Puertos, manifiesta oponerse ``totalmente a la acción de nulidad´´ impetrada contra la Circular 004 de 1992, por cuanto ella se ajusta en todo a los preceptos constitucionales y legales y obedece al desarrollo de las facultades que le confiere la ley al jefe del organismo. Entra a explicar las situaciones de hecho que dieron origen a la expedición del acto cuestionado y lo importante que es el cumplimiento de las formalidades que rodean las publicaciones siendo su carencia causal de rechazo de la solicitud.

Dice la profesional, que con el ánimo de aclarar la situación relacionada con los avisos, se solicitó el concepto de dos asesores externos. Entra luego en disquisiciones sobre el valor literal, legal y académico de las expresiones ``término´´, ``intervalo´´ y ``con´´ para afirmar que en estas acepciones idiomáticas, y en las normas citadas, fundamenta su ``afirmación consistente en que la norma consagra un plazo o término, y como tal, se rige por el artículo 120 del C.P.C. disposición que en esencia y últimas (sic) lo que hace es reiterar lo previsto en el art. 61 del C.R.P.M.´´.

En relación con el literal c) de la Circular 004 en cuanto en él se dispone que ``no se aceptará (sic) avisos que no registren un intervalo mínimo de 10 días hábiles y máximo de 20 días hábiles´´, manifiesta que ``simplemente se retoma lo que la ley menciona como límite entre las publicaciones o sea el mínimo de 10 días hábiles, **adicionando un máximo de 20 días hábiles, aspecto que no constituye un requisito adicional como pretende el demandante, sino simplemente se trató de una previsión de mera organización establecida con el fin de que el objetivo principal de los avisos que es la publicidad para que los terceros tengan oportunidad de expresar sus opiniones y hacer valer sus derechos, si eventualmente puedan verse afectados por la concesión, no se pierda si los avisos no registran un intervalo máximo**´´. (f. 40. Subraya la Sala).

Agrega finalmente la apoderada de la Superintendencia General de Puertos:

> ``La circular al indicar la fecha de publicación del ``primer aviso´´ en cada uno de los dos periódicos de amplia circulación nacional, no puede ser la misma y por ende, tampoco la fecha de publicación de los dos ``segundos avisos´´, si la observamos frente al contenido del numeral 9.8 del artículo 9º de la Ley 01 de 1991 en la que la expresión dos días distintos va seguida de una coma en virtud de la cual califica tanto el intervalo, como la mención en dos periódicos de amplia circulación nacional y que ``las publicaciones deberán ser en dos días distintos, con intervalo de diez (10) días entre cada publicación´´, está ajustada

en todo a la ley y al decreto y no se ve como hay exceso o se está haciendo más gravosa la situación del solicitante´´.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el momento procesal correspondiente, el procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, conceptuó sobre la petición contenida en la demanda en el sentido de que se debe acceder a ella ya que, ``De la confrontación del acto acusado con las normas superiores invocadas en la demanda, anteriormente transcritas, se observa que, en efecto mientras éstas exigen dos publicaciones en dos días distintos en dos periódicos de amplia circulación nacional, es decir, cuatro avisos, el primero y el segundo en cada periódico, en dos días distintos, con intervalo de diez días entre los dos avisos, (lo cual no impide que tanto los dos primeros avisos como los dos segundos avisos aparezcan el mismo día en los dos periódicos de amplia circulación), la circular traída a juicio añade como elemento nuevo a la exigencia el que la fecha del ``primer aviso´´ en cada uno de los dos periódicos no puede ser la misma y por ende tampoco puede ser la misma fecha de publicación de los dos ``segundos avisos´´. Así mismo, mientras las normas superiores hablan de un intervalo de diez días entre el primer aviso y el segundo, el acto acusado prevé que dicho intervalo será mínimo de diez días hábiles y máximo de veinte días hábiles. Es decir que permite un intervalo mayor de diez días, hasta de veinte´´.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Simultáneamente con el concepto del Ministerio Público, las partes, demandante y demandada, presentaron sus alegatos de conclusión en los que, aparte de reiterar los argumentos que habían expuesto en el transcurso del proceso, adujeron respectivamente:

El actor señala que la circular interpreta equivocadamente la ley al suponer que ésta exige la publicación de cuatro avisos de prensa en cuatro días distintos con intervalo de diez días hábiles entre los dos primeros avisos y los dos segundos avisos; que los dos primeros avisos en cada uno de los periódicos no deben publicarse el mismo día, ni tampoco los dos segundos avisos, agregando la circular que ``la fecha no puede ser la misma´´.

La parte demandada, a través de su vocera judicial, manifiesta que,

``...la circular **si bien es cierto que le pone término límite al intervalo máximo de veinte (20) días hábiles´´, se limita a indicar cómo deben adelantar las publicaciones al señalar: ``en dos 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 puede ser la misma, y por ende, tampoco la fecha de publicación de los ``segundos avisos´´, lo que nos da un total de 4 avisos en diferente fecha´´.** (f. 123. Las subrayas son de la sala).

Seguidamente, explica con un ejemplo por medio del cual demuestra que, efectivamente, la circular está exigiendo cuatro fechas diferentes para la publicación de los avisos.

Basándose en otro ejemplo en el cual las publicaciones se hacen con un intervalo de 30 días o más entre las realizadas en un periódico que la libelista llama X y otro que denomina Y, expresa que ``si aplicamos la ley y el decreto estarían en regla, pero se burlaría el sentido de las disposiciones, cual es el que **la publicidad permita a terceros oponerse y hacer valer sus derechos**, situación que fue considerada por la Superintendencia para fijar un límite máximo al intervalo que señaló la ley y el decreto para que exista una continuidad en la noticia de que alguien está solicitando una concesión.

> ``**El límite incluido en la circular simplemente llena un vacío de la ley y en ningún momento hace más gravosa la situación del solicitante...**´´ (*ibídem*. Estas subrayas son de la sala).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala, en providencia del doce (12) de febrero del corriente año, por medio de la cual admitió la presente demanda y decreto la suspensión provisional del acto demandado, así se expresó:

> ``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 como 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´´.

Lo dicho y resuelto en aquella oportunidad debe, necesariamente, ser reiterado en esta sentencia máxime cuando es la misma entidad demandada la que acepta la modificación o adición de las normas superiores anteriormente indicadas.

En efecto, los memoriales de la señora apoderada de la Superintendencia General de Puertos son enfáticos en manifestar que en la circular enjuiciada se adicionó, con un máximo de veinte días el límite entre las publicaciones y se entró a complementar la ley que, según la demandada, adolecía de un vacío. Es eso lo que, sin eufemismos de ninguna índole, dice a folios 40 y 123 del expediente:

``Simplemente se retoma lo que la ley menciona como límite entre las publicaciones o sea el mínimo de diez días hábiles, adicionando un máximo de 20 días hábiles...´´.

``El límite incluido en la circular **simplemente llena un vacío de la ley** y en ningún momento hace más gravosa la situación del solicitante...´´. (las negrillas son de la Sala).

Las afirmaciones en las que se manifiesta que, con la circular cuestionada, el Superintendente General de Puertos está colaborando en la función de legislar, originalmente asignada por la Constitución al Congreso de la República, son complementadas con los ejemplos en los que la entidad demuestra que fue más generosa que la Ley 01 de 1991 y su Decreto Reglamentario 838 de 1992 al exigir cuatro fechas distintas para las publicaciones, pues si se hiciere como lo dicen dichas normas, ``**la ley y el decreto estarían en regla**, pero se burlaría el sentido de las disposiciones...´´ (negrillas de la Sala).

Complementa también la parte demandada la explicación de su disentimiento con las normas superiores, que estaba en la obligación de obedecer, justificando el reajuste que, so pretendida interpretación de las mismas, hizo al prescribir en la circular que ``la fecha de publicación no puede ser la misma´´ en los primeros avisos, y ``por ende, tampoco la fecha de publicación de los ``segundos avisos´´, lo que nos da un total de cuatro avisos en diferente fecha´´.

En síntesis, se tiene:

a) Tanto la Ley 01 de 1991 en su artículo 9º numeral 9.8, como el Decreto 838 de 1992 en el artículo 7º literal c), son suficientemente claros en lo que se refiere a la reglamentación en la publicación de las solicitudes sobre concesiones portuarias. No requieren, por tanto, de explicaciones exegéticas por parte de las autoridades encargadas de hacerlas cumplir.

b) La Circular número 004 del 11 de septiembre de 1992, suscrita por el Superintendente General de Puertos, bajo el cariz de una supuesta interpretación de las normas enunciadas en el literal anterior, dirigida al personal a su servicio y todas las

personas interesadas en una concesión portuaria, modificó y complementó esas disposiciones en dos puntos esencialmente: estableció, motu proprio, un intervalo máximo de veinte días hábiles entre las publicaciones que allí se exigen. Y decidió que la fecha de los primeros avisos y de los segundos avisos no podía ser la misma, respectivamente, y que por lo tanto las publicaciones se debían hacer en cuatro fechas diferentes.

c) Con las disposiciones que se acaban de relacionar, el autor firmante de la circular acusada infringió, no sólo las normas superiores que a la postre modifica, sino también el artículo 84 de la Constitución Nacional en el que se dispone que ``Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio´´.

d) La manifiesta violación de las normas superiores ya citadas, puesta en evidencia por el demandante, no fue negada por la entidad demandada sino, por el contrario, prohijada en los memoriales con que se hizo presente en el proceso como ampliamente se ha demostrado en este proveído. La ilegal actitud es justificada con esta razón, eminentemente subjetiva: ``...si aplicamos la ley y el decreto, estarían en regla, pero se burlaría el sentido de las disposiciones, cual es el que **la publicidad permita a terceros oponerse y hacer valer sus derechos, situación que fue considerada por la Superintendencia para fijar un límite máximo al intervalo que señaló (sic) la ley y el decreto para que exista una continuidad en la noticia de que alguien está solicitando una concesión**´´ (f. 123. La negrilla es de la Sala).

De acuerdo con la síntesis que se acaba de hacer, no es necesario entrar en consideraciones más amplias sobre las violaciones que se alegan pues, además de que dichas transgresiones aparecen *prima facie*, como se dejó sentado en la providencia que decretó la suspensión provisional, la entidad oficial demandada no sólo las admite sino que trata de justificarlas con argumentos asaz delesnables.

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, y encontrando su criterio concorde con el concepto del Ministerio Público.

FALLA:

DECRETASE LA NULIDAD de la Circular Nº 004 del 11 de septiembre de 1992, firmada por el Superintendente General de Puertos.

DEVUÉLVASE al actor el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso, por cuanto no fue utilizado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 5 de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MONOPOLIO DE JUEGOS

La excepción que frente al arbitrio restístico de la Nación, dispone la norma pretranscrita en relación con las ``loterías y apuestas permanentes existentes´´, impedía, ciertamente, decretar a la ligera la suspensión provisional de un acto administrativo cuyo contenido jurídico y fundamentación legal merecen análisis más profundos que sólo se podrían dar dentro del proceso que se plantea.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Doctor. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia Expediente Nº 2521. Apelación Autos. Actor: Sociedad Ecosalud S. A.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 19 de marzo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

La demanda fue formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución Nº 0855 del 30 de octubre de 1992, proferida por el señor Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, por medio de la cual se otorga un permiso para circulación y venta de una lotería extrajera. Se solicitaba, además, la suspensión provisional del acto acusado.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Por medio de providencia fechada el 19 de marzo de 1993, el tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió una demanda de nulidad y restablecimiento del

derecho contra la Resolución número 0855 expedida por el Gobernador de ese Departamento. Por medio de dicho acto administrativo, el Gobernador otorgó un permiso para la circulación y venta de una lotería extranjera a la Sociedad Tecnopax S.A. En el mismo auto, el Tribunal decretó la suspensión provisional de la resolución demandada.

La consideración del Tribunal para decretar la suspensión provisional que había sido implorada, dice en su parte esencial:

``Establece el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud (y se dictan otras disposiciones y que la sociedad actora aduce como infringidas):

``Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la Explotación Monopólica en beneficio del sector salud de todas las modalidades de juegos de suerte y azar diferenetes de las loterías y apuestas permanenetes existentes´´.

``El artículo 1º de la Resolución 0855 de 30 de octubre de 1992 ``por medio de la cual se otorga un permiso para circulación y venta de una lotería extranjera expresa:

``Permitir la circulación y venta en el territorio Departamento del Valle del Cauca de la Lotería Extranjera instantánea a que se refiere la propuesta de la Sociedad Tecnopax S.A., constituida mediante escritura pública número 202 de julio 16 de 1990, con domicilio en Buenos Aires (Argentina) y representada legalmente por el señor Enrique Pérez Pérez, mayor de edad y vecino de Buenos Aires (Argentina).

``La simple confrontación de la norma legal, el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, que declara como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes (sic). Con el artículo primero de la Resolución Nº 0855 del 30 de octubre de 1992, pone de manifiesto la flagrante autonomía (sic) de esa resolución, con lo dispuesto por la ley; siendo evidente, clara y latente, advirtiéndose a primera vista, no requiriendo para la Sala emprender un estudio de fondo sobre la materia´´.

Manifiesta también el Tribunal, que la sociedad actora satisfizo la exigencia del numeral 3 del artículo 152 del C.C.A. en cuanto a la demostración, así fuere sumaria, del perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podrá causar al actor.

LA APELACION

La providencia que dispuso la suspensión provisional del acto demanadado fue apelada, en cuanto a esta medida se refiere, por el Gobernador del Departamento,

por la Sociedad Tecnopax S.A. y por el Procurador Judicial 20 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, solicitando la revocatoria de la misma.

La Sociedad Ecosalud S.A., a través de apoderado, judicial, presentó igualmenete un escrito en el que solicita la confirmación del auto dictado por el Tribunal.

El señor apoderado del Gobernador del Departamento, transcribe la conclusión del Tribunal de la que dice que no contiene ninguna afirmación y que no se puede fundar una suspensión provisional en el concepto de ``autonomía´´, ``que no es equiparable a la manifiesta infracción que exige el artículo 152 del Código de la materia. Menos cuando en derecho público el concepto de autonomía tiene un significado preciso, referido a la descentralización por servicios, y en la nueva Constitución se predica de las entidades territoriales (artículo 287) para la gestión de sus intereses´´ (f. 385).

Critica el libelista la carencia de cualquier razonamiento por parte del tribunal que invoca, como razón para ello, una providencia del magistrado Lleras Pizarro en la que se dispensa solamente de ``las reflexiones profundas´´. No es aconsejable -señala- que una decisión de suspensión provisional deje de lado el análisis mismo para contentarse con la simple transcripción de las disposiciones y la afirmación de la ``autonomía´´ del acto acusado´´. Al afirmar que la simplicidad jurídica del auto apelado contrasta con la complejidad que ofrece la materia, se adentra el memorialista en una extensa exposición sobre los antecedentes del acto demandado y las normas que a él atañen, algunas de las cuales transcribe, y concluye diciendo que si en el auto recurrido se hubiera hecho algún examen jurídico, se hubiera encontrado que por la complejidad que encierra el tema, no es propio para medidas cautelares.

El procurador judicial de la Sociedad Tecnopax S.A. que actúa como entidad demandada y parte principal en el proceso, también interpone, en escrito de 23 páginas, recurso de apelación contra la providencia que se examina en este proveído. Hace en él concretas referencias a la demanda, al acto demandado y a la providencia misma de la que dice que ``ni un análisis superficial, y menos aún uno profundo permite la interpretación que llevó al Tribunal a encontrar una flagrante contradicción entre la Resolución Nº 0855 del Gobernador del Valle y la Ley 10/90 en su art. 42´´. Manifiesta que ``como el texto del art. 42 es confuso, ofrece naturalmente dudas sobre su interpretación. Dentro de ese orden de ideas una interpretación posible, aunque absurda, es la propiciada por la demanda. Pero desde luego hay muchas otras y mucho más racionales. Una de ellas es la de que cuando la Ley 10/90 establece las loterías como excepción al monopolio nacional que ella crea, lo que está excepcionando es el monopolio existente sobre las loterías, constituído a favor del Estado, y cedido por él en beneficio de los departamentos´´.

Como antes se dijo, también el Procurador Judicial 20 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca recurrió en apelación contra la suspensión provisional decretada por ese Tribunal. Una síntesis de la inconformidad del señor Agente del

Ministerio Público con el auto recurrido, se encuentra en el párrafo que seguidamente se transcribe:

``El artículo 42 de la Ley 10 de 1990 preceptúa:

``Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica en beneficio del sector salud de todas las modalidades de juego de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes´´

``Con meridiana claridad dispone el artículo antes transcrito, una excepción frente al arbitrio rentístico de la Nación en correspondencia a las modalidades de juegos de suerte y azar, que es en lo relativo a las loterías y apuestas permanentes existentes´´.

``Y es esta excepción, para la Procuraduría Judicial actuante, la que impide acceder a dictar la suspensión provisional del acto demandado, toda vez que es necesario un detallado y profundo análisis del querer del legislador en esta exclusión, carácter éste que impide actuar con base en el precepto del Código Contencioso Administrativo referente a las exigencias de claridad y evidencia que deben aparecer en la confrontación entre la norma y el acto administrativo´´.

LA SALA CONSIDERA Y DECIDE

En forma múltiple, fue recurrido el auto del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por medio del cual, además de admitir la demanda, se suspendió provisionalmente el acto acusado de nulidad, esto es, la Resolución Nº 0855 del 30 de octubre de 1992 proferido por el señor Gobernador de ese Departamento por medio de la cual se otorga permiso para la circulación y venta de una lotería extranjera.

Muchas de las razones expuestas por los apelantes como fundamentos de la alzada merecen ser analizadas con perspectivas de éxito en su pedimento de que sea revocada la decisión del *a quo*. No obstante, sin que sea necesario ese análisis, estima la Sala que coincide con ellos en la procedencia de esa revocatoria por los motivos que seguidamente se exponen.

El auto apelado, visible a folios 239 a 245 del expediente, en el que se alcanzan a observar algunas deficiencias de fondo y de forma, dice en su esencia:

``La simple confrontación de la norma legal, el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, que declara como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes. Con el artículo primero de la Resolución Nº 0855 del 30 de octubre de 1992, pone de manifiesto la flagrante autonomía de esa resolución, con lo dispuesto por la ley; siendo evidente, clara y latente,

advirtiéndose a primera vista, no requiriendo para (sic) la Sala emprender un estudio de fondo sobre la materia´´ (F. 243).

Por otra parte, el solo texto de la norma superior comparada da lugar a serias dudas sobre su hipotética violación por parte del acto demandado, dudas que merecían consideraciones de mayor envergadura en lugar de la mera conclusión inmotivada a la que llega el Tribunal al primer golpe de vista sobre los textos aparentemente parangonados. El artículo 42 de la Ley 10 de 1990, prescribe:

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

La excepción que frente al arbitrio rentístico de la Nación, dispone la norma pretranscrita en relación con las ``loterías y apuestas permanentes existentes´´, impedía, ciertamente, decretar a la ligera la suspensión provisional de un acto administrativo cuyo contenido jurídico y fundamentación legal merecen análisis más profundos que sólo se podrían dar dentro del proceso que se plantea.

Sin necesidad de otros razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

REVOCAR el auto apelado, en cuanto decretó la suspensión provisional del acto administrativo demandado, y en su lugar, DENIEGASE la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutiva y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 5 de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PARTIDOS POLITICOS-Personería Jurídica.

La extinción de la personería jurídica de partidos y movimientos políticos por no haberse obtenido, en los comicios electorales el número de votos previstos en el art. 108 de la Constitución o alcanzado representación en el Congreso en la elección anterior, o la pérdida de ella, que no apareció en la codificación inicial del nuevo ordenamiento constitucional, pero sí en la certificación sobre artículos, párrafos o incisos omitidos en dicha codificación, expedida por el Secretariado General de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ante el vacío que dejó el Constituyente en relación con la persona u organismo con competencia o facultad para disponer o decretar tal medida, debe ser objeto de reglamentación legal, bien para fijarla en el Consejo Nacional electoral, conforme al numeral 12 del artículo 265 de la Carta, bien para otorgársela a la autoridad judicial que se precise. DECLARA LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES Nos. 89 y 129 de 25 de agosto y 24 de noviembre de 1992, proferidas por el Consejo Nacional Electoral, por medio de las cuales se declaró la extinción de la Personería Jurídica del Partido Comunista Colombiano.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D. C., nueve de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2287. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
Actor: PARTIDO COMUNISTA COLOMBIANO

El PARTIDO COMUNISTA COLOMBIANO, por conducto de apoderado especial constituido al efecto por su representante legal, promovió ante esta Corporación demanda en orden a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones

Nos. 89 y 129 de agosto 25 y noviembre 24 de 1992, proferidas por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto por ellas se declaró extinguida la Personería Jurídica del Partido Comunista Colombiano, en virtud de lo ordenado en el artículo 108 de la Constitución Política, para que, como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se le restablezca la Personería Jurídica, otorgada mediante Resolución Nº 8 de 1986, expedida por el mismo Consejo Nacional Electoral.

La acción se fundamenta en los siguientes HECHOS:

1. El Partido Comunista Colombiano, que ha venido funcionando ininterrumpidamente desde su fundación en 1930, sin participar nunca en el Gobierno Nacional, por haber sido siempre un partido de oposición, pero promoviendo reformas sociales y políticas, muchas de las cuales fueran elevadas a norma constitucional en 1991, entre ellas la elección popular de alcaldes y gobernadores, el plebiscito, el referéndum, la vicepresidencia de la república y la iniciativa popular, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 58 de 1985, obtuvo su Personería Jurídica mediante Resolución Nº 08 del 28 de enero de 1986, dictada por el Consejo Nacional Electoral, porque sus estatutos están acordes con las exigencias establecidas en la legislación nacional.

2. Para las elecciones a Congreso que se realizaron el 27 de octubre de 1991, el Partido Comunista Colombiano no inscribió candidatos, pero, en alianza con otros movimientos políticos, agrupados en la Unión Patriótica, participó en dicho debate electoral, habiendo sido elegidos, al Senado el Dr. Hernán Motta Motta, y a la Cámara de Representantes Manuel Cepeda Vargas, Octavio Sarmiento y Jairo Bedoya, quienes son miembros de la dirección política y de su comité central.

3. El Secretario General del Partido Comunista, el día 2 de abril de 1992, entregó al Consejo Nacional Electoral varios pliegos contentivos de 63.649 firmas para que se le ratificara la Personería Jurídica, y en el escrito sustentatorio del recurso de reposición contra la Resolución Nº 89 de agosto de 1992, por la cual se declaró la extinción de la Personería Jurídica del Partido, se hizo entrega de pliegos con más de 10.000 firmas, superando el límite señalado en el artículo 108 de la Carta Política, no obstante lo cual el Consejo Nacional Electoral omitió pronunciarse sobre el particular al resolver el recurso de reposición.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera la parte actora que, con la expedición del acto administrativo acusado, se han quebrantado, de una parte, el Preámbulo de la Constitución Política y los artículos 1º, 2º, 5º, 14, 20, 23 y 107 ib., por cuanto una de las formas de asegurar la convivencia, la justicia y la paz dentro de un marco democrático, es la existencia y reconocimiento de los partidos políticos, como expresión de pensamiento y de crítica, principios filosófico-políticos contenidos en el Preámbulo y omitidos por el Consejo Nacional Electoral; es, a través de dichos partidos cuya fundación constituye un derecho de los ciudadanos que éstos ejercen el derecho a expresar libremente su

pensamiento político; el reconocimiento de la personalidad jurídica, es el mismo que aparece en la Declaración de los Derechos Humanos y que se reproduce en el art. 3º del Pacto de San José de Costa Rica, que Colombia aprobó por medio de la Ley 16 de 1972; la libertad de expresar y difundir el pensamiento y opiniones, no es sólo la libertad de prensa y de comunicación, sino que comprende igualmente la expresión personal y asociada que puede realizarse por medio de los movimientos políticos, que al ser privados de su personería jurídica se ven limitados y sus afiliados impedidos de ejercer dicho derecho libremente; y, porque el derecho de petición, puede ser ejercido por el ciudadano como tal, o por medio de organizaciones o movimientos políticos, y se vería limitado con la cancelación de la personería jurídica de ellos.

De otra parte, se quebrantaron los arts. 29 y 108 de la Carta que consagran el derecho al debido proceso, que cubre tanto las actuaciones judiciales como las de orden administrativo, por cuanto no se ha especificado en norma constitucional o legal alguna la competencia para declarar la extinción de las personerías jurídicas de los partidos políticos, y al no existir esa precisa facultad, sólo es procedente la acción ordinaria ante lo contencioso administrativo.

Existe una ley, la 58 de 1985, que regula íntegramente la materia, y que establece la obligación de los partidos políticos de demostrar cada cuatro años, que reúnen los requisitos para mantener vigente la personería. El Partido Comunista Colombiano, sobrepasando las exigencias legales, presentó al Consejo Nacional Electoral más de 70.000 firmas, que no fueron consideradas al resolverse el recurso de reposición. Ello demuestra que no se dieron las garantías procesales, y apresuradamente se extingue la personería jurídica, manifestación expresa de los principios de la democracia burguesa.

También se quebrantaron los art. 38, sobre derecho de asociación, y 40 sobre el derecho del ciudadano de participar en la confirmación, ejercicio y control del poder político, para lo cual puede constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas.

Se violó el artículo 58 de la Carta, que garantiza los derechos adquiridos conforme a la ley, ya que se ignoró la Ley 58 de 1985, que no otorgó facultades al Consejo Nacional Electoral para cancelar las personerías jurídicas a los partidos y movimientos políticos, sino que exigió que cada cuatro años, antes de iniciarse las campañas electorales, se demostraran los requisitos para mantenerlas: cincuenta mil firmas, o representación en el Congreso de la República.

También se quebrantó el art. 83 de la C.P., que regula los postulados de la **buena fe,** que debe presumirse, principio no valorado por el Consejo Nacional Electoral, ya que si el Partido Comunista no había inscrito candidatos para las elecciones últimas del Congreso, si votó por las listas de la Unión Patriótica, partido del cual hace parte, y procedió a demostrar que tenía existencia nacional, para cuyo efecto presentó más de 70.000 firmas.

Se desconoció el art. 84 de la Carta, pues, según él, cuando un derecho o actividad se ha reglamentado de manera o en forma general, las autoridades públicas no pueden establecer requisitos adicionales para su ejercicio.

Se desconoció el art. 112 ib., en concordancia con el art. 152, que consagra los derechos a la oposición, y que además ordena una ley estatutaria para reglamentar íntegramente la materia.

Se violó también el artículo 228 de la Carta, que consagra la prelación del derecho sustancial, al tener en cuenta el Consejo Nacional Electoral criterios simplemente formales y de orden secundario.

Finalmente, en cuanto hace relación a las normas constitucionales, considera la actora que se quebrantó el art. 275 del ordenamiento supremo, por cuanto dicha norma le otorga la competencia para reconocer las personerías jurídicas a los partidos y movimientos políticos, pero no se la concede para la cancelación, por lo cual debe seguirse la misma directriz del artículo 39 ib. que, al reconocer el derecho a constituir sindicatos, preceptúa que la cancelación o suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial, ello en aplicación de la regla del art. 8º de la Ley 153 de 1887.

En cuanto a las violaciones de orden legal, considera el apoderado de la demandante que se han quebrantado también la Ley 58 de 1985, arts. 1º y 4º, y el Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral), art. 12, por cuanto en dichas normas no se le ha señalado expresamente al Consejo Nacional Electoral la competencia para cancelar personerías jurídicas, sino únicamente la de exigir, cada cuatro años, la prueba de los requisitos para mantener aquellas.

LA ACTUACIÓN

Admitida la demanda y negado el decreto de suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado, por hallarse que para encontrar la alegada violación de normas superiores de derecho, era menester hacer una serie de consideraciones, propias de la sentencia, sobre la competencia del Consejo Nacional Electoral, el derecho a formar y hacer parte de partidos y movimientos políticos, los derechos de la oposición, etc., providencia que no fue recurrida, se notificó la decisión al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral, quien no se constituyó en parte dentro del proceso, ni pidió pruebas, excepcionó o alegó de conclusión.

Dentro de la oportunidad procesal que se les concedió, conforme a la ley, presentaron sus escritos de conclusión sobre las pretensiones de la demanda, el apoderado de la actora insistiendo en sus planteamientos jurídicos, y la señora Procuradora Primera Delegada ante la Corporación, quien fue de concepto de acceder a las pretensiones de la demanda, por considerar que el Consejo Nacional Electoral carece de competencia para decretar la cancelación de los partidos y movimientos polí-

ticos, debiendo limitarse, cada cuatro años, a exigir la prueba de que se cumplen los requisitos para mantener vigente su personería jurídica.

LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Precisa determinar, en primer lugar, si el Consejo Nacional Electoral, en los términos de la Constitución Política que actualmente nos rige, de la ley que regula su funcionamiento y competencias, y de la que de manera general hasta ahora, gobierna a los partidos y movimientos políticos, tiene o no facultad o competencia para cancelar o extinguir la personería jurídica de aquellos, pues, de una parte, el poder público debe ser ejercido por el Pueblo, cuando le corresponde hacerlo en forma directa mediante los mecanismos o instrumentos consagrados en la Carta Política, o por medio de sus representantes, en los términos que la misma Constitución establece, y, por cuanto de otra parte, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, entre los cuales están indubitablemente los de asociación, los de crear o formar partidos y movimientos políticos, afiliarse a ellos, participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, para difundir a través de ellos sus ideas y programas, y el reconocimiento de su personalidad jurídica.

Analizadas por la Sala las diferentes normas constitucionales y legales invocadas por el apoderado del accionante, en especial aquellas que le señalan al Consejo Nacional Electoral, máxima autoridad de la organización electoral, sus funciones, competencias o facultades, encuentra que realmente no se le ha concedido por ellas (artículos 265 de la Constitución y 12 del Decreto 2241 de 1986, Código Electoral, en concordancia con las disposiciones contenidas en la Ley 58 de 1985, estatuto básico de los partidos políticos y el art. 108 de la Carta sobre extinción y pérdida de personería jurídica de los partidos y movimientos políticos), la facultad, poder o competencia de cancelar o extinguir la Personería Jurídica de los partidos y movimientos políticos, aun cuando sí la de reconocerla.

Además de esto último, se le ha otorgado la facultad de exigirles cada cuatro años, **antes de la iniciación de las campañas electorales**, prueba de que cumplen con los requisitos legales para mantener vigente su personería jurídica, que no serían otros que los mismos señalados por el artículo 108 de la Carta Política para obtenerla, a saber: a) no menos de cincuenta mil firmas; b) o haber obtenido por lo menos la misma cifra en la elección anterior; c) o haber alcanzado representación parlamentaria.

De esta disposición legal (art. 4º, inciso tercero de la Ley 58 de 1985), en concordancia con el artículo 108 de la Constitución, no se puede deducir la facultad o competencia, no otorgada expresamente por la Carta Política o por la ley, de cancelar o extinguir la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos, cuando se den los eventos señalados en la precitada norma constitucional, pues es (art. 122 de la C.N.), y ha sido un postulado del derecho público (art. 63 del anterior ordenamiento constitucional), el de que los empleos públicos deben tener sus funciones detalladas en ley o reglamento, lo que ha sido desarrollado por el derecho administrativo, como parte de ese derecho público, en el sentido de expresarse doctrinal y jurisprudencialmente, tanto en el país como en el extranjero, que la competencia es o debe ser expresa, que ella no se adquiere por analogía, a contrario sensu, o por deducción del funcionario público o del juez, y que, en tratándose de la actividad administrativa, esa falta o carencia de competencia expresa en el funcionario público, bien por cuanto no le ha sido asignada a ningún órgano de la administración, bien por cuanto la tiene expresamente otro de la misma administración, bien porque invade la competencia propia del jurisdiccional o del legislativo, constituye un vicio en el acto jurídico que se expide o profiere por faltar, entonces, un elemento esencial que condiciona su validez, lo que determina la posibilidad de su demanda ante el órgano competente de la jurisdicción especial, como en Colombia, y su declatoria de nulidad con efectos retroactivos cuando se encuentre que realmente no se tenía, conforme al ordenamiento jurídico, esa competencia o facultad.

En síntesis, la extinción de la personería jurídica de partidos y movimientos políticos por no haberse obtenido en los comicios electorales el número de votos previstos en el art. 108 de la Constitución o alcanzado representación en el Congreso en la elección anterior, o la pérdida de ella, que no apareció en la codificación inicial del nuevo ordenamiento constitucional, pero sí en la certificación sobre artículos, parráfos o incisos omitidos en dicha codificación, expedida por el Secretario General de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ante el vacío que dejó el constituyente en relación con la persona u organismo con competencia o facultad para disponer o decretar tal medida, debe ser objeto de reglamentación legal, bien para fijarla en el Consejo Nacional Electoral, conforme al numeral 12 del artículo 265 de la Carta, bien para otorgársela a la autoridad judicial que se precise.

En consecuencia, sin necesidad de entrar en el análisis de otros aspectos controvertidos o alegados por la parte actora, como los que atañen a la presentación de 70.000 firmas y la elección para el Congreso actual de tres personas que pertenecen al Partido Comunista Colombiano, aun cuando formaban parte de listas confeccionadas y presentadas al electorado por la Unión Patriótica, deberán despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENSIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. Declárase la nulidad de las Resoluciones números 89 y 129 de 25 de agosto y 24 de noviembre de 1992, proferidas por el Consejo Nacional Electoral, por medio de las cuales se declaró la extinción de la Personería Jurídica del PARTIDO COMUNISTA COLOMBIANO.

SEGUNDO. Como consecuencia de la nulidad declarada, y a título de restablecimiento del derecho, se restablece la Personería Jurídica del PARTIDO COMUNISTA COLOMBIANO, otorgada por el Consejo Nacional Electoral.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral, archívese y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez,* Con Salvamento de Voto, *Yesid Rojas Serrano.*

PARTIDOS POLITICOS-Personería Jurídica/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Facultades (Salvamento de Voto)

Si bien es cierto que ha sido un postulado del derecho público el de que los empleos públicos deben tener sus funciones detalladas en ley o reglamento y que ese postulado ha sido desarrollado por el derecho administrativo en el sentido de que la competencia debe ser expresa y que la ausencia de ella produce nulidad del acto, no puede pretenderse que ese principio pueda excluir de manera absoluta la facultad de interpretación racional del juez, especialmente cuando la presunta falta de competencia no obedece a que ella está atribuida a otra autoridad. Estando regulados expresa y claramente los casos en que la citada personería se extingue, se pierde o no se mantiene, necesariamente debe existir una autoridad que así lo declare, que no puede ser otra que el mismo Consejo Nacional Electoral, quien la reconoce y ante quien debe comprobarse el cumplimiento de los requisitos para mantenerla. Si bien es cierto que el vacío mencionado en el fallo puede ser llenado por la ley y es conveniente hacerlo, considero que existen suficientes argumentos para concluir que sin necesidad de esa ley debe entenderse que la competencia para declarar la pérdida o la extinción de la personería jurídica de los partidos o movimientos políticos, de acuerdo con las causales constitucionales, corresponde al Consejo Nacional Electoral.

Salvamento de voto del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez en relación con la providencia de fecha 9 de agosto de 1993.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2287 Actor: Partido Comunista Colombiano

Con el debido respeto por la posición mayoritaria de la Sala, he disentido de la decisión adoptada mediante el fallo de la referencia, por las siguientes razones:

1. Si bien es cierto que ha sido un postulado del derecho público el de que los empleos públicos deben tener sus funciones detalladas en ley o reglamento y que ese postulado ha sido desarrollado por el derecho administrativo en el sentido de que la competencia debe ser expresa y que la ausencia de ella produce nulidad del acto, no puede pretenderse que ese principio pueda excluir de manera absoluta la facultad de interpretación racional del juez, especialmente cuando la presunta falta de competencia no obedece a que ella está atribuida a otra autoridad, como en el caso presente, en el cual la misma providencia acepta que ``ante el vacío que dejó el constituyente en relación con la persona u organismo con competencia o facultad para disponer o decretar tal medida, debe ser objeto de reglamentación legal, bien para fijarla en el Consejo Nacional Electoral, confome al numeral 12 del artículo 265 de la Carta, bien para otórgarsela a la autoridad judicial que se precise´´.

2. Si además se tiene en cuenta que, como también lo reconoce el fallo, la misma Constitución Política, en su artículo 108, de una parte, otorga al Consejo Nacional Electoral la competencia expresa de reconocer personería jurídica a los partidos o movimientos políticos y, de otra, establece que ``la personería de que trata el presente artículo quedará extinguida por no haberse obtenido el número de votos mencionado o alcanzado representación como miembros del Congreso, en la elección anterior´´ y que ``se perderá también dicha personería cuando en los comicios electorales que se realicen en adelante no se obtengan por el partido o movimiento político a través de sus candidatos por lo menos cincuenta mil votos o no se alcance la representación en el Congreso de la República´´, y que, finalmente, el artículo 4º de la Ley 58 de 1985, le ha otorgado al citado Consejo Nacional Electoral la facultad de exigirles a los partidos cada cuatro años, antes de la iniciación de las campañas electorales, prueba de que cumplen con los requisitos legales para mantener vigente su personería, para el suscrito ello quiere decir que estando regulados expresa y claramente los casos en que la citada personería se extingue, se pierde o no se mantiene, necesariamente debe existir una autoridad que así lo declare, que no puede ser otra que el mismo Consejo Nacional Electoral, quien la reconoce y ante quien debe comprobarse el cumplimiento de los requisitos para mantenerla.

3. Concluir lo contrario, como lo hace el fallo, implica desconocer la más mínima posibilidad de interpretación de las normas de competencia por parte del juez, lo cual conllevaría a negar dicha competencia cada vez que las normas atributivas de la misma adolezcan de alguna falla, por pequeña que sea, en aras de mantener en términos absolutos el principio de que la competencia debe ser expresa.

4. Igualmente, la conclusión del fallo implica que un partido o movimiento político, no obstante tener que probar legal y periódicamente que cumple los requisitos para mantener la personería, si no lo hace por negligencia o porque no puede probarlos o porque los que pretende probrar no son los suficientes o necesarios para el

mantenimiento de ella continuará gozando de la misma y de los privilegios que con base en ella consagren las normas constitucionales y legales, como es el derecho a la financiación del funcionamiento del partido o movimiento y de sus campañas electorales (art. 109 de la Carta) y a utilizar los medios de comunicación social del Estado (art. 111 de la misma Carta), todas las cuales son consecuencias claramente contrarias al sentido y la finalidad que quiso consagrar el Constituyente al incluir en la Carta las normas sobre personería jurídica de los partidos y movimientos políticos y las prerrogativas que se derivan de ella.

En resumen, si bien es cierto que el vacío mencionado en el fallo (que para mí es solo aparente) puede ser llenado por la ley y es conveniente hacerlo, considero que existen suficientes argumentos para concluir que sin necesidad de esa ley debe entenderse que la competencia para declarar la pérdida o la extinción de la personería jurídica de los partidos o movimientos políticos, de acuerdo con las causales constitucionales, corresponde al Consejo Nacional Electoral.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., trece de agosto de mil novecientos noventa y tres.

CONCESION PORTUARIA/SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL/ SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS- Facultades

La concesión portuaria bien puede recaer sobre las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, para que sobre ellos se construya y opere un puerto, según lo normado en el artículo 5º numeral 5.2. de la Ley 1ª de 1991, así como sobre los activos de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, entendiéndose por éstos los bienes muebles e inmuebles que sean necesarios para el funcionamiento de las sociedades portuarias regionales. El artículo 38 de la Ley 1ª de 1991 es diáfano al facultar a la Superintendencia General de Puertos para ``definir de inmediato los términos en los cuales se otorgarán las concesiones portuarias a las sociedades que se crean para utilizar los activos de Puertos de Colombia...´´, y dentro de tal facultad lógicamente se encuentra comprendida la de establecer garantías y nada impide que puedan ser las mismas que se exijan en cualquier clase de contrato administrativo, pues para ello la ley no ha hecho ninguna restricción. DECLARA LA NULIDAD del artículo 5º de la Resolución Nº 113 de 1992.

ACTIVIDAD PORTUARIA/OPERACION PORTUARIA

Si dentro de la actividad portuaria se encuentra la OPERACION PORTUARIA, y dentro del objeto social las sociedades portuarias podrán prestar servicios directamente relacionados con dicha actividad, no existe razón para que el artículo 5º acusado límite el objeto social de tales sociedades excluyendo el servicio de operación portuaria para que puedan ser favorecidas con el otorgamiento de una concesión. DECLARA LA NULIDAD del artículo 5º de la Resolución Nº 113 de 1992.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2217. Acción: Nulidad. Actor: Alvaro Rocha Pardo.

El ciudadano ALVARO ROCHA PARDO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución Nº 113 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´´.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Señala el actor como quebrantados con el acto acusado los artículos 2, 4, 58, 60, 115, 208, 209 y 233 de la Constitución Política; la Ley 1ª de 1991; el Decreto 2861 de 1991; el Decreto 2910 de 1991; el Decreto 222 de 1983; el Decreto 410 de 1971 y el Decreto 708 de 1992.

Fundamenta en síntesis el concepto de la violación así:

1. La intención de la Superintendencia General de Puertos al expedir la Resolución 113 de 1992, es la de reglamentar la organización de las sociedades portuarias regionales. Sin embargo, la Ley 1ª de 1991 en su artículo 27 determina con precisión las funciones de dicha entidad y no consagra ninguna relativa a la presunta facultad para organizar las sociedades portuarias regionales a que hace referencia el artículo 34 *ibídem.*

Ninguna de las normas del Decreto 2681 de 1991 dice que el Superintendente General de Puertos constituye, representa o sustituye a la Nación y que esté facultado para remplazar a ésta en la autorización que se le concedió para constituir portuarias con sede en cada uno de los municipios o distritos donde Puertos de Colombia tiene hoy puertos.

Tampoco la Ley faculta a la mencionada Superintendencia para sustituir a la Nación en la invitación pública a participar en la constitución de tales sociedades, ni para que defina las condiciones necesarias sobre instalaciones portuarias, canales, obras de canalización etc, antes de aportarlas a las sociedades portuarias regionales.

No se desarrolló lo contemplado en el artículo 60 de la Constitución Política.

Por todo lo anterior se burlaron las disposiciones constitucionales antes citadas.

2. La decisión que tomó la Superintendencia General de Puertos en el artículo 1º de la Resolución de dar en concesión los activos de Colpuertos es ilegal, pues la intención de la Ley 1a. de 1.991 es de que tales activos sean vendidos o aportados a

las sociedades portuarias regionales. Así se infiere del contenido de los artículos 33 y 35 *ibídem*, los cuales no pueden interpretarse sino en el sentido de que el destino de los activos de Colpuertos debe ser su venta o aporte, y una vez LIQUIDADO Colpuertos aquellos que no fueren vendidos o aportados pasarán a ser propiedad de la Nación.

En la Ley 1ª de 1991 no existe concesión distinta que la portuaria que consagra el artículo 5º numeral 5.2, y pretender dar en concesión los activos resulta absurdo y violatorio de nuestro régimen legal.

Las anteriores consideraciones son valederas frente al artículo 2º de la aludida resolución.

3. El artículo 3º del acto impugnado señala la exigencia de una serie de garantías que deben cumplir las ``concesiones´´ y las remite a las contempladas en el Decreto 708 de 1992, artículos 1º a 4º. Pero dicho decreto hace referencia es a la concesión portuaria (playas, zonas de baja mar etc.) y no a bienes o activos de Colpuertos, por lo cual el régimen de garantías para los bienes de uso público no puede hacerse extensivo a los bienes comúnes de propiedad de Colpuertos, pues con ello no sólo se viola la Ley 1ª de 1991 sino el referido decreto.

4. El artículo 4º de la resolución enjuiciada también viola las normas enunciadas al señalar un término a la concesión de activos de Colpuertos no previsto en norma alguna ni mucho menos tomado como competencia de la Superintendencia General de Puertos en la ley y decretos que la crean y reglamentan.

5. La regulación hecha en el artículo 5º contradice de plano el artículo 31 de la Ley 1ª de 1991 que fijó el régimen jurídico de las sociedades portuarias, ya que está imponiendo una limitación al objeto social y condicionando la concesión de activos a dicha limitación.

Además se viola el artículo 5º numeral 5.20 *ibídem* que permite a las sociedades portuarias prestar servicios de cargue y descargue, almacenamiento en puerto y otros directamente relacionados con la actividad portuaria.

6. En materia de cesión del contrato, monto de la ``contraprestación´´ e inversiones, de que tratan los artículos 6 a 8, también se extralimitó la Superintendencia en sus atribuciones y facultades pues ello no existe en nuestro sistema legal.

7. En relación con el artículo 9º, tampoco puede la Superintendencia, sin violar la Ley 1ª de 1991 y el C. de Co., regular el monto de capital de las sociedades portuarias regionales ni establecer porcentajes de participación.

8. El aporte de la Nación a que se refiere el artículo 10 de la resolución no puede fundamentarse en el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991, pues la posibilidad de

que ella aporte en las sociedades portuarias regionales está contenida en el artículo 29 numeral 29.1 de la misma ley.

Quien debe determinar el monto de los aportes es Colpuertos quien es el dueño de los activos y quien los deberá aportar para que así la Nación pueda resarcirse en parte de las erogaciones destinadas a los pasivos.

9. El artículo 12 de la resolución acusada viola el artículo 34 de la Ley 1ª de 1991, pues la Superintendencia, sin facultad alguna, asume la representación y gestión de la Nación e invita a los interesados a obtener la concesión portuaria de los activos de Puertos de Colombia y las zonas de playa y bajamar aledañas a los mismos, interpretando mal la voluntad del legislador que se refiere es a invitar a participar en la constitución de las sociedades portuarias y no a invitar a ofertar o participar en la concesión de bienes de la Nación.

10. Con el artículo 13 pretende la Superintendencia imponer condiciones que tan solo pueden ser determinadas por la voluntad de los accionistas, como lo es la minuta de constitución de las sociedades.

II. ACTUACIÓN

Mediante proveído de 26 de marzo del presente año se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional.

Del auto admisorio se notificó el Superintendente General de Puertos quien a través de apoderado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda aduciendo al efecto lo siguiente:

1. Lo dispuesto en el artículo 1º de la resolución que se acusa no es más que la aplicación del artículo 38 de la Ley 1º de 1991, que autoriza a la Superintendencia para otorgar concesiones a las sociedades portuarias para que utilicen los activos de la Empresa Puertos de Colombia, y al señalar en el artículo 9º cuál habría de ser el capital suscrito mínimo para dichos efectos, constituye el ejercicio de la facultad de definir los términos en los cuales se otorgarán esas concesiones.

2. La resolución no ha dispuesto constitución de sociedad portuaria alguna ya que ésta fue autorizada mediante los artículos 34 de la Ley 1ª de 1991 y 1º del Decreto 2910 del mismo año.

3. La Nación obra a través de sus órganos, uno de los cuales es la Superintendencia General de Puertos (artículo 4º Decreto de 1968).

Conforme al artículo 27 numeral 16 de la citada Ley 1ª de 1991, le corresponde a la Superintendencia General de Puertos ejercer las funciones que no se hayan atribuido a otra autoridad, y como en este caso la invitación pública a participar en la

constitución de las sociedades portuarias regionales no le ha sido asignada a ninguna autoridad, le corresponde a aquella.

4. La resolución regula materias diferentes a las que se refiere el artículo 60 de la Constitución Política. norma esta que debe ser reglamentada por la ley, lo cual no se ha hecho y hace imposible su aplicación.

5. Del contenido del artículo 38 de la Ley 1ª de 1991 se infiere que la única concesión portuaria no es a la que hace referencia el artículo 5º numeral 5.2 *ibídem.*

6. El señalamiento de un régimen de garantías similar al establecido en el Decreto 708 de 1992 no constituye falta.

7. Lo establecido en el artículo 4º de la resolución acusada no es más que la aplicación del artículo 38 de la Ley 1ª de 1991.

8. El artículo 5º de la Resolución 113 de 1992 no restringe el objeto de las sociedades portuarias regionales sino que precisa a qué sociedades se les podrá otorgar concesiones sobre los activos de Colpuertos.

El tercero JORGE ROA CASTAÑEDA interviene en el proceso para COADYUVAR a la acción de nulidad, fundamentándose principalmente en lo siguiente:

1. La Ley 1ª de 1991 reorganizó el sistema portuario nacional y ordenó la liquidación de Colpuertos, creando en su remplazo las Sociedades Portuarias Regionales.

En dicha reorganización el tema central es el referente a la forma como se determinó qué debe hacerse con la utilización de los bienes públicos sobre los cuales se desarrolla la actividad portuaria y que no son otros que las playas y zonas de bajamar. Al respecto la citada ley permite el uso exclusivo y temporal de estos bienes a quienes se organicen como sociedades portuarias, imponiendo al concesionario el pago de una contraprestación económica. De manera pues que toda sociedad portuaria constituye una serie de obras sobre los bienes que la Nación otorga en concesión, los cuales se llaman instalaciones portuarias.

Frente a estas instalaciones de propiedad de Colpuertos el legislador dispuso que el nuevo ente (las sociedades portuarias) las utilizara.

2. No existe concesión diferente de la que señala el artículo 5º numeral 5.2 de la Ley 2ª de 1991.

Del contexto de dicha ley se interpreta que el legislador pretendió dar en concesión las instalaciones portuarias y dejó la opción a Colpuertos y a la Nación de

aportar otros bienes (artículo 35), ya que sería un absurdo dar una concesión portuaria sobre oficinas en Bogotá, apartamentos en Cartagena, remolcadores en Tumaco, bienes estos que conforman los activos de Colpuertos y que en ningún momento forman parte de las instalaciones portuarias y que no pueden ser objeto de concesión.

III. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación estima que deben denegarse las pretensiones de la demanda ya que comparte los argumentos dados por el apoderado de la Nación -Superintendencia General de Puertos-, pues es la misma ley la que señala una cláusula general de competencia a esta entidad encargada de ejercer las facultades respecto de las actividades portuarias, y cuando el artículo 1º del acto acusado se refiere a las sociedades portuarias regionales solamente las relaciona más no las organiza.

Que, además, de acuerdo con el documento que obra a folio 89 del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, los bienes portuarios activos están constituidos por el terminal, incluyendo los muelles, patios, vías, bodegas, así como los inmuebles sobre los cuales están construidas las instalaciones, ello en consonancia con el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991.

IV. LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer término se debe dilucidar el aspecto relativo a la competencia de la Superintendencia General de Puertos para expedir la Resolución acusada y la violación por parte de ésta del artículo 60 de la Constitución Política.

Sobre el particular expresó la Sala en providencia de 26 de marzo del presente año al resolver la solicitud de suspensión provisional, y ahora lo reitera, que del contenido de los artículos 5º numeral 5.2 de la Ley 1ª de 1991 que define la concesión portuaria como el contrato administrativo en virtud del cual la Nación por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica en favor de la Nación y de los municipios o distritos donde operen los puertos; 38 ibidem que estatuye 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 que se creen para utilizar los activos de Puertos de Colombia...´´; y 6º de la misma ley que señala con calidad de concesionario únicamente a las sociedades portuarias regiona-

les, se infiere, sin mayor esfuerzo, que la Superintendencia General de Puertos tiene competencia para definir los términos para el otorgamiento de las concesiones portuarias y fijar las condiciones de las mismas. Y cuando el artículo 34 *ibídem* se refiere a la invitación pública que la Nación hará para participar en la constitución de tales sociedades, debe entenderse que obviamente lo hace a través del organismo encargado de regular la actividad portuaria.

De otra parte y como se advirtió en la providencia citada *ab initio*, el artículo 60 de la Carta Política prevé para su aplicación la reglamentación por parte de la ley, la cual aún no ha sido expedida. Esta circunstancia impide a la Sala afirmar que el acto acusado desconoce los derechos de los trabajadores a acceder a la propiedad accionaria de la empresa que se ordenó liquidar en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1ª de 1991.

Las anteriores razones justifican que se despache desfavorablemente el primer cargo.

El segundo aspecto tiene que ver con los bienes objeto de la concesión. El actor y el coadyuvante insisten en que la única concesión que existe es la portuaria que regula el artículo 5º numeral 5.2 de la Ley 1ª de 1991.

En relación con este punto la Sala hace las siguientes precisiones:

Consagra el artículo 5º numeral 5.2 de la citada ley:

``**Concesión portuaria.** La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos...´´

Dispone el artículo 33 *ibídem*:

``**Liquidación**. Liquídese la Empresa Puertos de Colombia, Colpuertos...

...TODOS LOS ACTIVOS que no se vendan o que no se aporten a una sociedad portuaria, pasarán a ser de propiedad de la Nación por obra de esta ley´´. (resalta la Sala fuera de texto).

Señala el artículo 35 inciso 4º *ibídem*:

``La Empresa Puertos de Colombia podrá aportar a las sociedades portuarias regionales de que trata el artículo 34 TODOS LOS BIENES INMUEBLES QUE POSEA EN LOS MUNICIPIOS O DISTRITOS RESPECTIVOS, y LOS DERECHOS Y BIENES MUEBLES QUE SE CONSIDEREN NECESARIOS...´´ (resalta la Sala fuera de texto).

Preceptúa el artículo 38 de la misma ley:

``...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**...´´ (Las negrillas son de la Sala)

Establece el artículo 1º de la resolución acusada:

``La Superintendencia General de Puertos otorgará en concesión los activos de Puertos de Colombia en liquidación, Colpuertos, a las sociedades portuarias regionales a las que se refiere el artículo 1º del Decreto Ley 2910 de 1991..´´.

El artículo 2º *ibídem* es del siguiente tenor:

``**Bienes dados en concesión**. Los bienes dados en concesión incluirán las playas y terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas y éstos y los muelles, patios, vías, bodegas y demás bienes enajenables que sean necesarios para el funcionamiento de las sociedades portuarias regionales...´´.

De lo anterior se colige que la concesión portuaria bien puede recaer sobre las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para que sobre ellos se construya y opere un puerto, según lo normado en el artículo 5º numeral 5.2 de la Ley 1ª de 1991, así como sobre los activos de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, entendiéndose por éstos los bienes muebles e inmuebles que sean necesarios para el funcionamiento de las sociedades portuarias regionales, es decir, para que éstas puedan desarrollar la actividad portuaria a que alude el artículo 5º numeral 5.1 *ibídem.*

Como quiera que los artículos 1º y 2º acusados están en armonía con las normas que han quedado transcritas, tampoco prospera este cargo.

Prescribe el artículo 3º de la Resolución 113 de 1992:

``**Garantías.** Las Garantías que se exigirán por la concesión deberán cumplir con los requisitos contenidos en los artículos 1º, 2º, 3º, y 4º del Decreto 708 de 1.992...´´.

A continuación el artículo 3º en mención regula las clases de garantías tales como: seriedad de la propuesta, de cumplimiento, de protección del ambiente y contra la contaminación, de daños a terceros, así como los términos para su constitución y otorgamiento y cuantía de las mismas.

Según el actor estas garantías que son las mismas que regula el Decreto 708 de 1992 no pueden hacerse extensivas a los bienes de Colpuertos por ser violatorias de dicho decreto y de la Ley 1ª de 1991.

Pese a que el actor no precisa el concepto de la violación, estima la Sala que la respuesta a este cargo la da el artículo 38 de la Ley 1ª de 1991 que es diáfano al facultar a la Superintendencia General de Puertos para ``definir de inmediato los términos en los cuales se otorgarán las concesiones portuarias a las sociedades que se creen para utilizar los activos de Puertos de Colombia...´´, y dentro de tal facultad lógicamente se encuentra comprendida la de establecer garantías y nada impide que puedan ser las mismas que se exijan en cualquier clase de contrato administrativo, pues para ello la ley no ha hecho ninguna restricción.

Igual puede predicarse en relación con el cargo que se endilga al artículo 4º que estableció un término para la concesión.

Respecto al cargo frente al artículo 5º, estima la Sala que está llamado a prosperar. En efecto, dispone el citado artículo:

> ``**Operadores portuarios.** La Nación otorgará en concesión los bienes a que hace referencia esta resolución a las sociedades portuarias regionales que no incluyan dentro de su objeto social la posibilidad de prestar servicios como operadores portuarios, exceptuando el almacenamiento´´.

Conforme al artículo 5º muneral 5.1 de la Ley 1ª de 1991, se consideran actividades portuarias la construcción, OPERACION y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica y en general, todos aquellos que se efectúan en los puertos y terminales portuarios, en las construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias.

El artículo 5º numeral 5.20 *ibídem* define las sociedades portuarias como las sociedades anónimas cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos y su administración y que podrán también prestar servicios de cargue y descargue, almacenamiento en puertos y OTROS SERVICIOS DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON LA ACTIVIDAD PORTUARIA.

Lo anterior permite concluir que si dentro de la actividad portuaria se encuentra la OPERACION PORTUARIA, y dentro del objeto social las sociedades portuarias podrán prestar servicios directamente relacionados con dicha actividad, no existe razón para que el artículo 5º acusado límite el objeto social de tales sociedades excluyendo el servicio de operación portuaria para que puedan ser favorecidas con el otorgamiento de una concesión.

Afirma el actor que en los artículos 6 a 9 del acto acusado que regulan la cesión del contrato, monto de la contraprestación e inversiones y monto de capital de las sociedades portuarias, se extralimito la Superintendencia General de Puertos en sus atribuciones y facultades, pues ello no existe en nuestro sistema legal, y viola la Ley 1ª de 1991 y el C. de Co.

Habida cuenta que el demandante no explica el alcance de la violación ni señala las normas de la Ley 1ª de 1991 y del C. de Co. que resultan infringidas, la Sala no puede hacer confrontación alguna y por lo mismo el cargo no puede prosperar.

En lo tocante a que el artículo 10 de la resolución enjuiciada debe ser anulado por fundamentarse en una norma diferente a la que ha de servirle de sustento, estima la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad, pues si bien es cierto el referido artículo 10 que regula el aporte o participación de la Nación en la creación de las sociedades portuarias regionales, entre otras disposiciones se fundamentó en el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991, también es cierto que el artículo 29 numeral 29.1 *ibídem* autoriza a la Nación para constituir sociedades portuarias regionales, que es lo que le permite participar en la creación de éstas, por lo cual la pretendida violación resulta inane.

Los argumentos expuestos para el primer cargo sirven de fundamento al cargo que se imputa al artículo 12 de la Resolución acusada que contiene la invitación pública para obtener concesiones portuarias, y, además agrega la Sala, que la invitación a constituir sociedades portuarias regionales lleva ínsita la de participar en las concesiones, pues las sociedades portuarias tienen como finalidad, una vez constituidas, la de desarrollar la actividad portuaria y ésta sólo puede llevarse a cabo mediante concesiones portuarias.

Finalmente y en lo que concierne al cargo formulado al artículo 13 del acto impugnado, que se refiere a la minuta que se pondrá a disposición de los interesados para efectos de la constitución de las sociedades portuarias regionales, no le asiste razón al actor cuando afirma que la Superintendencia carece de competencia para regular dicho aspecto, pues, como ya se dijo, esta entidad está autorizada por el artículo 38 de la Ley 1ª de 1991 para fijar de inmediato los términos en los cuales se otorgarán concesiones portuarias a las sociedades que se creen, siendo presupuesto *sine qua non* para el otorgamiento la previa constitución de la sociedad portuaria regional. Además a esta entidad le corresponde por mandato del artículo 26 de la citada Ley 1ª de 1991, ejercer sus facultades respecto de las actividades portuarias y vigilar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos dictados especialmente para las sociedades portuarias, como lo prescribe expresamente el artículo 27 numeral 27.1 *ibídem*.

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:

1. DECLARASE la nulidad del artículo 5º de la Resolución Nº 113 de 1992.

2. DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

3. DEVUELVASE al actor la suma de dinero depositada para gastos del proceso por no haber sido utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 12 de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MONOPOLIO DE JUEGOS/SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS

Si las intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo, el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y las comisarías del Amazonas, Guaviare, Guanía, Vaupés y Vichada, por expreso mandato constitucional fueron erigidas en Departamentos, como tales tienen derecho a explotar el monopolio de las loterías en igualdad de condiciones con los demás. Estima la Sala que el alcance del artículo 34 del Decreto 2274 de 1991 no puede ser otro que el de que las antiguas intendencias y comisarías continúan formando parte de la Lotería de los Territorios Nacionales, la cual seguirá funcionando como una sociedad entre entidades públicas del orden departamental, pero ello sin perjuicio del aumento de aportes que ha operado en virtud de la igualdad entre los anteriores y los nuevos Departamentos que predica la Carta Política y en desarrollo de la misma el referido Decreto 2274 de 1991.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C. trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2265. Acción: Nulidad. Actora: SOCIEDAD SORTEO EXTRAORDINARIO DE COLOMBIA LTDA ``EXTRADEC LTDA´´.

La sociedad SORTEO EXTRAORDINARIO DE COLOMBIA LTDA ``EXTRADEC LTDA´´, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del acto aprobatorio del plan de premios que la junta directiva de la Sociedad SORTEOS EXTRAORDINARIOS ASOCIADOS Y CIA LTDA adoptó para el

Sorteo Extraordinario de Navidad de 1992, en las sesiones efectuadas los días 30 de octubre y 23 de diciembre de 1.991.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Endilga la demandante al acto acusado los siguientes cargos de violación:

Primer cargo. La demandada al concebir el Plan de Premios para 1992 inobservó la prohibición expresa consignada en el parágrafo único, inciso 4º del artículo 5º del Decreto 971 de 1990 que establece que: ``En esta clase de Sorteos Extraordinarios, la billetería no podrá ser puesta en circulación ni ofrecida en expendio al público sino entre la fecha de autorización del Plan de Premios y la señalada para celebrar el sorteo inicial´´.

Pese a lo anterior el Sorteo Extraordinario de Navidad desconoce el mandato legal al lanzar en el mes de abril el sistema de títulos, cuando de acuerdo con la ley sólo podría vender entre esa fecha y la del primer sorteo que es el de 2 de junio, fecha ésta para la cual deberían estar cancelados la totalidad del predio de los títulos. Sin embargo, se sigue ofreciendo al público en forma absoluta y quienes lo adquirieron a crédito continúan pagándole hasta diciembre.

En este negocio el recaudo de las cuotas significa venta efectiva, porque no se juega lotería vendida a crédito. Prueba de esto es que quien no paga no participa en el juego por sorteo.

Segundo cargo. Se violó el inciso 2º del parágrafo único del artículo 5º del Decreto 971 de 1990 que manda imperativamente para los planes de ejecución periódica: ``Los sorteos que así se realicen estarán sometidos a un solo plan de premios´´.

El Sorteo Extraordinario de Navidad tiene duplicidad de planes. Paralelamente con los ``títulos´´ obran los llamados ``billeticos´´.

El cliente con título es obligado a comprar los otros planes de premios correspondientes a los billeticos, y quien no los adquiere por el sistema de títulos (para habilitarlos y seguir jugando), está obligado a cancelar cuotas de sorteos ya realizados.

Tercer cargo. Por inobservancia se quebrantó el artículo 4º numeral 4º del Decreto 971 de 1990, que se refiere a las modalidades de emisión y establece la billetería con numeración continua y progresiva entre 0000 al 9999, con un máximo de 20 series, para un total de 200.000 billetes, los cuales no pueden ser divididos en más de 5 fracciones cada uno.

El Sorteo Extraordinario de Navidad vulnera dicho límite para la emisión de billetes. En efecto, juegan con 400.000 títulos que corresponden a 2 de los derechos

de billetería, cada uno de a 200.000. Con esos 400.000 títulos juegan 6 veces, con lo cual agotan 12 derechos. Aunque físicamente no se emitan títulos, se está haciendo 6 veces mayor la emisión.

En el sorteo de abril 30 agotan dos derechos. En los sorteos de julio, septiembre, octubre y diciembre, agotan 3 derechos en cada sorteo, para un total de 12.

Se concluye que han usufructuado 30 derechos en tanto que sólo le corresponden 17 como aportes al Sorteo Extraordinario de Navidad, más 1 que es el de los Territorios Nacionales, para un total de 18. Es decir, correspondiéndole 3.600.000 instrumentos, mercadean 6.000.000

Cuarto cargo. El plan acusado es nulo porque en su concepción se desconocen los mandatos del Decreto 2274 del 4 de octubre de 1991 en su artículo 34, y la Ley 22 de 1985, ya que los Sorteos Extraordinarios, incluido el de Navidad, son sociedades comerciales constituidas para explotar los derechos que corresponden a las Loterías de Beneficencias Departamentales, quienes las aportan para este fin.

Cada lotería asociada es un aportante y aporta un derecho de 200.000 billetes. La Lotería de los Territorios Nacionales por la ley (22 de 1985) tiene derecho a 2 sorteos y hasta hoy ella es la aportante al Sorteo Extraordinario de Navidad, porque en ella se subrogaron los nuevos departamentos en los derechos que tenían los antiguos Territorios Nacionales, pero su aporte es apenas de 1.200.000 billetes, porque el otro lo juegan independientemente.

Si bien es cierto la Constitución de 1991 concedió a los Territorios Nacionales la categoría de departamentos y les reconoció derechos iguales a los preexistentes, el artículo 34 establece que ``Los nuevos departamentos se subrogan en los derechos sociales que las antiguas Intendencias y Comisarías tenían en la Lotería de Terrritorios Nacionales que seguirá funcionando como una sociedad entre entidades públicas del orden departamental´´.

En consecuencia hoy no puede el Sorteo Extraordinario de Navidad contabilizar en su haber 9 derechos provenientes de los Territorios Nacionales, sino 2 que son los que tiene el aportante actual.

Quinto cargo. Se violó, por inobservancia, el inciso 1º del parágrafo del artículo 5º del Decreto 971 de 1990, norma ésta que prevé para los planes de ejecución periódica la utilización de billetes de lotería que den derecho a participar en más de un sorteo, pero como está estructurado el plan acusado, pretermitió su sentido y en cambio creó una figura extralegal que denominó títulos y que en la práctica son contratos. Este procedimiento en lugar de dar derecho con un billete a participar en un sorteo, en la práctica significa que cada vez que se juegue, constituye nueva emisión.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 24 de febrero del presente año se admitió la demanda.

Del auto admisorio se notificó la sociedad SORTEOS EXTRAORDINARIOS ASOCIADOS CIA LTDA, quien a través de apoderado se opuso a la prosperidad de la pretensión, aduciendo al efecto lo siguiente:

1. La demandada elaboró el Plan de Premios del Sorteo Extraordinario de Navidad y ejecutó un Plan de Premios de ejecución periódica y seis Planes de Premios de Ejecución no periódica.

En 1992 la sociedad tuvo capacidad de explotar 24 derechos de emisión, no los 18 que asevera la demandante. En efecto, la Constitución Política le dio a los nuevos departamentos los mismos derechos y obligaciones que tienen los demás, y éstos tenían al momento de expedirse la Constitución, y tienen en la actualidad, el derecho a hacer anualmente un sorteo extraordinario (Decreto 0877 de 1953), por tanto a los nuevos departamentos les asiste anualmente el mismo derecho.

La sociedad Sorteo Extraordinario de los Territorios Nacionales, encargada del derecho y explotación de dichos derechos aportó a la demandada 7 de los correspondientes a los 9 departamentos, y contando con esos derechos se diseñaron y estructuraron los planes de premios de que trata el acto acusado.

2. Mediante el empleo de la modalidad definida en el numeral 4º del artículo 4º del Decreto 971 de 1990, la demandada estaba legitimada para emitir durante el año calendario de 1992, 4.800.000 billetes de loterías: 200.000 por cada uno de los 24 derechos recibidos de las entidades socias. No emitió 6.000.000 como afirma la actora.

3 Los Sorteos Extraordinarios pueden adoptar y ofrecer varios planes de premios. Para 1992 la demandada programó y ejecutó dos tipos de planes: uno de ejecución periódica y dos de ejecución no periódica (planes de los billeticos y plan del billete del sorteo final), que en su aplicación no se deben confundir.

El parágrafo del artículo 5º del Decreto 971 de 1990, como surge de su texto interpretado racional y sistemáticamente, es aplicable al plan de premios de los sorteos de ejecución periódica y por ello así se expresa en el acto acusado.

Debe aclararse que la venta se perfecciona con la celebración del contrato de adquisición y no puede confundirse el contrato mismo, que se efectúa dentro del plazo reglamentario, con la forma de pago por cuotas que la ley permite.

4. Los sorteos de ejecución periódica están sometidos a un solo plan de premios

5. El Sorteo Extraordinario de Navidad de 1992 se ajustó en forma estricta al numeral 4º del artículo 4º del Decreto 971 de 1990, pues para la elaboración adopción y ejecución periódica emitió 400.000 billetes de lotería aunque ha podido emitir 1.000.000 porque ejercitó 5 derechos de emisión. Para el primer gran sorteo de año, jugado el 30 de abril, emitió 600.000 billetes, resultado de aplicar la modalidad a cada uno de los 3 derechos ejercitados; para el sorteo de navidad de mitad de año, jugado el 17 de julio, emitió 600.000 billetes. Hizo lo mismo en los sorteos de Amor y Amistad del 1º de septiembre; Triquitriqui Millonario de 7 de noviembre y Aguinaldo Millonario de 1º de diciembre. En el Gran Sorteo Final del 22 de diciembre, ejercitó 4 derechos de emisión y puso en el mercado 800.000 billetes. En total emitió 4.200.000 y utilizó 24 derechos.

6. No pueden confundirse los derechos sociales que tenían las antiguas Intendencias y Comisarías en una sociedad con los derechos a la explotación del monopolio legal de loterías.

7. El parágrafo del artículo 5º del Decreto 971 de 1990 obliga a adoptar un solo plan de premios de ejecución periódica, por tanto la emisión de billetes que se haga es también única.

Al facultar la emisión de billetes que den derecho a más de un sorteo, la norma en mención permite que un mismo derecho (de los de la emisión correspondiente) pueda jugar en varias fechas del año calendario.

III. CONCEPTO FISCAL

La Procuradura Primera Delegada ante lo Contencioso de esta Corporación estima que el fallo debe ser inhibitorio por cuanto la entidad demandada es una sociedad de carácter comercial cuyo objeto principal es la realización del sorteo extraordinario de navidad y como consecuencia su objeto y actividad son estrictamente de carácter comercial, se trata de una entidad de derecho privado que se rige por las normas del derecho comercial y sus actos pertenecen al derecho privado, escapando por ello al control de esta jurisdicción.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Estima la Sala que no asiste razón a la Procuradora Delegada ante esta Corporación cuando en su vista de fondo considera que el fallo que ha de proferirse en este proceso debe ser inhibitorio, dado que como se advirtió en providencia de 15 de julio del presente año que declaró no probada la causal de nulidad por falta de jurisdicción

planteada por la demandada, la realización de un sorteo presupone necesariamente la aprobación de un plan de premios que no sólo señala las reglas de juego que van a regular las relaciones entre el tenedor del billete y la entidad encargada del sorteo -en las que bien pueden surgir diferencias que sí corresponde dilucidar a la jurisdicción ordinaria-, sino que además tal aprobación del plan de premios es la base sobre la cual se aplica el porcentaje que deben aportar las entidades encargadas del sorteo para el sector salud en cumplimiento de las exigencias constitucionales que hacen posible el ejercicio del monopolio, y esta circunstancia es la que le da a aquél una trascendencia que lo coloca más allá del ámbito netamente comercial, lo que lo hace enjuiciable ante esta jurisdicción por ser una actividad administrativa.

Procede la Sala al estudio de los cargos de violación que se aducen en el libelo.

En el primer cargo formula el actor la violación del inciso 4º del parágrafo único del artículo 5º del Decreto 971 de 1990 que dispone:

> ``En esta clase de sorteos extraordinarios, la billetería no podrá ser puesta en circulación ni ser ofrecida en expendio al público sino entre la fecha de autorización del plan de premios y la señalada para celebrar el sorteo inicial´´.

La inconformidad de la actora estriba en el hecho de que después del 2 de junio de 1992 (fecha del primer sorteo) la billetería no puede ser puesta en circulación y sin embargo la demandada la sigue ofreciendo al público quien lo adquiere a crédito y continúa pagándola hasta diciembre.

Aun cuando esta afirmación no encuentra respaldo probatorio en el proceso, coincide la Sala con la apreciación de la demandada en el sentido de que una cosa es el contrato por medio del cual se adquiere el título, que lógicamente debe haberse celebrado y perfeccionado antes del sorteo, y otra muy distinta la forma de pago que bien puede ser de contado o por cuotas.

El hecho de que se adquiera un título para ser cancelado a plazos o por cuotas no significa que el contrato objeto del mismo sólo se perfeccione con el pago de la última cuota.

Por lo demás en el texto del acto acusado se lee que la venta de los documentos se hará desde el período que va desde la fecha de su lanzamiento hasta el día 2 de junio de 1992, fecha del primer sorteo, lo cual guarda total armonía con la disposición contenida en el parágrafo del artículo 5º del citado Decreto 971 de 1990.

En consecuencia, no prospera el cargo.

En el segundo cargo invoca la actora la violación del inciso 2º del parágrafo del artículo 5º del citado Decreto 971 de 1990, porque el Sorteo Extraordinario de Navidad tiene duplicidad de planes ya que paralelamente con los ``títulos´´ obran los llamados ``billeticos´´.

Prescribe el parágrafo del artículo 5º:

Planes de ejecución periódica. Así mismo se podrá poner en circulación billetes de lotería que den derecho a participar en más de un sorteo.

Los sorteos que así se realicen estarán contenidos en un solo plan de premios´´. (este inciso es el que se señala como infringido).

Para la Sala cuando el parágrafo transcrito en el primer inciso expresa ``Así mismo se podrá poner en circulación billetes de lotería que den derecho a participar en más de un sorteo´´, está significando que hay billetes de lotería que dan derecho a participar solamente en un sorteo, y son éstos los que corresponden a planes de ejecución no periódica.

Así se infiere de los llamados ``títulos´´ que según se lee al respaldo del modelo visible a folio 217, corresponden al plan de premios de ejecución periódica y dan derecho a participar en varios sorteos, y de los denominados ``billeticos´´ (folio 218) que sólo dan derecho a participar en un sorteo y por lo mismo corresponden a los planes de ejecución no periódicas.

Lo anterior permite concluir que sólo hay duplicidad de planes y por lo mismo se infringiría la disposición en cita si los ``títulos´´ y ``billeticos´´ pertenecieran al mismo plan de ejecución.

Sobre este aspecto el ciudadano Carlos César Puyana Mutis, Director Ejecutivo de la Federación de Loterías de Colombia, en declaración rendida en este proceso el día 5 de mayo del presente año, manifestó:

``...La práctica que hemos conocido y que ha sido de uso desde antes inclusive de la expedición del Decreto 971, es la del empleo de la modalidad conocida como planes de premios de ejecución periódica o sorteos comercializados mediante títulos... y los denominados sorteos no periódicos... unos y otros están casi descritos en el Decreto 971 pero en esencia podríamos decir que la diferencia específica consiste en que en el sorteo no periódico se expenden o se dan en venta billetes que sólo permiten participar en ese sorteo que debe tener lugar en una fecha concreta. En cambio en los sorteos de ejecución periódica el billete ofrecido o comercializado entre el público da derecho a jugar en sorteos que se realizan en fechas distintas de acuerdo con un programa o calendario que debe figurar y se anuncia en los mismos billetes y en el respectivo plan de premios...´´.

En comunicación visible a folios 213 y 214 de la Superintendencia Nacional de Salud, dirigida a la entidad demandada en que se hace alusión al plan de premios para 1992, se lee: ``...5) Los planes de premios de ejecución periódica, no periódica y plan del sorteo final cumple (sic) exactamente con los parámetros fijados en el Decreto 971/90´´.

Por lo precedente no prospera este cargo. Como quiera que los fundamentos expuestos le sirven de sustento al quinto cargo, por las mismas razones éste será despachado desfavorablemente.

Observa la Sala que los cargos tercero y cuarto admiten un mismo pronunciamiento dado que el punto central de la controversia en ambos lo constituye el derecho que tiene el Sorteo Extraordinario de los Territorios Nacionales en la sociedad demandada.

El artículo 11 de la Ley 22 de 1985 dispuso:

> ``La lotería de los territorios nacionales tendrá dos sorteos anuales con premios en dinero, cuyo producto se destinará exclusivamente a los servicios de asistencia pública de las intendencias y comisarías´´.

El Decreto 2274 de 1991, dictado en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo transitorio 39 de la Carta Política, en su artículo 43 derogó expresamente la Ley 22 de 1985, y dentro del capítulo IX referente a ``bienes y rentas de los deparamentos´´, estatuyó en su artículo 26 inciso 2º:

> ``Los nuevos departamentos tendrán los mismos derechos y obligaciones que tienen los demás departamentos de acuerdo con las disposiciones vigentes´´.

La Ley 64 de 1923 en su artículo 1º preceptúa que a partir de su promulgación ``solamente los departamentos podrán establecer... una lotería con premios en dinero, y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública´´.

De lo anterior surge con meridiana claridad que si las intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y las comisarías del Amazonas, Guaviare, Guanía, Vaupés y Vichada, por expreso mandato constitucional fueron erigidas en departamentos, como tales tienen derecho a explotar el monopolio de las loterías en igualdad de condiciones con los demás.

La discusión ha surgido en la interpretación del inciso 1º del artículo 34 del Decreto 2274 de 1991 que prescribe:

> ``**Loterías.** Los nuevos departamentos se subrogan en los derechos sociales que las antiguas intendencias y comisarías tenían en la Lotería de los Territorios Nacionales, entidad que seguirá funcionando como una sociedad entre entidades públicas del orden departamental´´.

Estima la Sala que el alcance del precepto transcrito (art. 34 D. 2274/91) no puede ser otro que el de que las antiguas intendencias y comisarías continúan formando parte de la Lotería de los Territorios Nacionales, la cual seguirá funcionando como una sociedad entre entidades públicas del orden departamental, pero ello sin

perjuicio del aumento de aportes que ha operado en virtud de la igualdad entre los anteriores y los nuevos departamentos que predica la Carta Política y en desarrollo de la misma el referido Decreto 2274 de 1991.

No de otra manera puede entenderse tal preceptiva. Por ello el texto del inciso 2º *ibídem* permite una mejor comprensión de la disposición en estudio cuando expresa:

> ``Los gobernadores, como representantes legales de los nuevos departamentos, en asamblea de accionistas procederán a reformar los respectivos estatutos, para adecuarlos a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes´´.

Si se aceptara la interpretación del apoderado de la actora habría que concluir que los nuevos departamentos continúan con los mismos dos aportes que tenían en la Lotería de los Territorios Nacionales. De ser ello así, entonces para qué reformar los respectivos estatutos y cuál sería la adecuación a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes a la que hace referencia la norma?

Habida cuenta que el plan de premios contenido en los actos acusados fue estructurado y puesto en ejecución con base en la interpretación que ha quedado reseñada, para la Sala se ajusta a la legalidad y por esta razón los cargos tercero y cuarto no están llamados a prosperar.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 12 de agosto de 1993,

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CAPITANIA DE PUERTO-Facultades/POLICIA ADMINISTRATIVA

Resulta evidente que la competencia de policía administrativa atribuída a la mencionada Capitanía a través de las disposiciones atrás señaladas (específicamente para este caso en los numerales 23 y 27 del artículo 5º concordados con los numerales 1, 2 y 10 del Decreto 2324 de 1984) queda restringida a dar aplicación a las regulaciones generales que en este Decreto se establecen, que, desde luego, no comprende la de que esa Oficina expida nuevos desarrollos normativos, como reglamentaciones administrativas distintas a las que eventualmente puede dictar el Presidente de la República por virtud del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que es lo que pretende el acto acusado, al establecer prohibiciones generales que no existen en la ley y que sólo puede decretarse por ésta. La normatividad vigente (Decreto Ley 2324 de 1984), antes que atribuir a las Capitanías de Puerto facultades para dictar normas de carácter general, le otorga sólo atribuciones para aplicarlas y vigilar y sancionar su incumplimiento. DECLARA LA NULIDAD de la Resolución N° 0028 de 3 de agosto de 1992, expedida por la Capitanía de Puerto de Cartagena

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santa Fé de Bogotá, D.C., veinte (20) de Agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº 2181. Acción: Nulidad contra la Resolución número 0028 de 3 de Agosto de 1992 expedida por la Capitanía de Puerto de Cartagena, Dirección General Marítima y Portuaria del Ministerio de Defensa Nacional. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

El ciudadano abogado LUIS CARLOS SACHICA APONTE, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ocurrió ante esta Corporación para demandar la nulidad de la Resolución número 0028 del 3 de Agosto de 1992, expedida por la Capitanía de Puerto de Cartagena, dependencia de la Dirección General Marítima y Portuaria, la que pertenece al Ministerio de Defensa Nacional, ``por la cual se suspenden las construcciones en las Islas del Rosario e Islas de San Bernardo en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena´´.

I. EL ACTO ACUSADO

Es del siguiente tenor:

``El Capitán de Puerto de Cartagena, en usa de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 107 de la Ley 110 de 1912, consagró como reserva territorial del Estado las Islas Nacionales de uno y otro mar de la República;

Que el Decreto-Ley 2324 de 1984, faculta a la Dirección Generla Marítima (sic) para autorizar y controlar la construcción y el uso de islas y estructuras artificiales en las áreas de su jurisdicción;

Que en la actualidad los archipiélagos de las Islas del Rosario e Islas de San Bernardo, (sic) son objeto de construcciones sin ninguna clase de permiso y n el momento se continúa con el levantamiento de obras, sin contar con la autorización de la autoridad competente;

Que se adelanten estudios técnicos y jurídicos por parte del Instituto Nacional de los Recursos naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, la Procuraduría General de la Nación y la Dirección General Marítima para definir la situación jurídica de los ocupantes, así como definir las pautas a seguir ante el levantamiento indiscriminado de obras civiles sin autorización alguna, que hace necesaria la suspensión indefinida de tales obras en los archipiélagos de las Islas del Rosario e Islas de San Bernardo, hasta que las entidades comprometidas determinen las acciones legales a seguir,

RESUELVE:

Artículo 1º Ordenar la suspensión inmediata de cualquier clase de construcción de obras civiles, submarinas y de superficie que se estén adelantando o puedan adelantarse, así como la suspensión inmediata de cualquier clase de modificación, llámese ampliación, demolición, división, adecuación, mejora o como quiera que se le denomine a las mismas, hoy levantadas en las Islas del Rosario y de San Bernardo.

Parágrafo. De conformidad con el artículo 80 literal d) del Decreto 2324 de 1984, la violación de lo dispuesto en la presente Resolución hará incurrir a quienes se establezcan como responsables de la construcción en multas que podrán ser de veinte (20) salarios mínimos hasta cien (100) salarios mínimos mensuales y la demolición de la construcción.

Artículo 2º Ordenar la suspensión inmediata del ingreso de cualquier clase de maquinaria y material destinado para la construcción de obras civiles, submarinas o de superficie a las Islas del Rosario y de San Bernardo.

Parágrafo. Para el cumplimiento de lo ordenado toda embarcación que esté en capacidad de transportar materiales de construcción o maquinaria que zarpe de Cartagena hacia las Islas del Rosario e Islas de San Bernardo, debe ser revisada por el personal de Inspectores de la Capitanía de Puerto de Cartagena; así mismo las naves de la Armada Nacional podrán en cualquier momento ``abordar en aguas jurisdiccionales las embarcaciones de las que se sospeche infringen esta disposición y si se encontrare maquinaria o elemento de los indicados las harán regresar a Puerto poniéndolas a disposición de esta Capitanía para la aplicación de la multa de que trata el parágrafo del artículo 1º tanto al Capitán, patrón o propietario de la embarcación, como al responsable de las obras.

Artículo 3º. Ordenar la inmediata evacuación hacia el territorio continental de la maquinaria y material para construcción de obras civiles submarinas o de superficie que se encuentren en las Islas del Rosario e Islas de San Bernardo, para lo cual los responsables de las obras tendrán un plazo improrrogable de quince días contados a partir de la vigencia de la presente Resolución. Vencido este plazo, quienes no cumplan con lo dispuesto se harán acreedores a la imposición de las multas de que trata el parágrafo del artículo 1o., las que podrán ser sucesivas hasta cuando se cumpla la orden de evacuación.

Artículo 4º La presente Resolución rige a partir de su publicación.´´.

II. CAUSA PETENDI

Como normas violadas se señalan en la demanda las artículos 58 de la Constitución, y 1o, 2o, inciso 1º y parágrafo 2o; 3o, numeral 15; 4o, 5o, ordinales 21, 22 y 27; 166 y 167 del Decreto Ley 2324 de 1984.

Para fundamentar los cargos de violación se aduce, en síntesis lo siguiente:

La Capitanía de Puerto de Cartagena excedió su competencia delimitada por las normas legales citadas como vulneradas, y actuó, desde luego, ilegalmente al expedir la Resolución demandada, como se advierte en los siguientes cargos:

1. La suspensión de construcciones ordenada en la Resolución demandada se extiende a todo tipo de construcciones y comprende el territorio de las Islas del

Rosario e Islas de San Bernardo de jurisdicción de aquella Capitanía, sin distinguir entre bienes de uso público, baldíos, bienes fiscales y del dominio eminente del Estado y bienes privados, generalidad dispositiva que equivale a dictar una regulación prohibitiva, con vigencia indefinida, que sólo puede ser expedida por el legislador o por autoridades gubernamentales investidas de competencia normativa reguladora, de la cual carece la Dirección Marítima totalmente, pues el Decreto 2324 de 1984, reorgánico de la Dirección General Marítima, fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 22 Agosto de 1985, en todas aquellas disposiciones en las cuales atribuía a tal entidad competencia para dictar regulaciones o reglamentos, fijando de este modo el carácter puramente operativo de sus actuaciones, en las cuales no cabe, por tanto, función normativa alguna.

2. Carece además de fundamento constitucional y legal la Resolución acusada porque parte de un supuesto falso: el de que el territorio insular denominado Islas del Rosario e Islas de San Bernardo es de propiedad total de la Nación o que dicho territorio está constituído enteramente por bienes de uso público; sin embargo, esto no es así, pues lo admite la propia parte motiva de la Resolución 0028 cuando declara que en la actualidad se adelantan estudios técnicos y jurídicos para definir la situación jurídica de los ocupantes, lo cual quiere decir que no dispone de una base legal incontrovertible que sustente el dominio global de la Nación sobre dichas islas y que, por tanto, resulta arbitrario el calificativo de ``ocupantes´´, ya que estas circunstancias permiten la hipótesis de que en ellas puede haber propiedad privada del suelo, cuestión que sólo puede ser definida en las instancias judiciales competentes y no en la del ámbito puramente administrativo.

3. Conforme a las disposiciones que se estiman quebrantadas, la jurisdicción de la Dirección General Marítima en lo tocante a construcciones quedó restringida sólo a las porciones insulares que tienen el carácter de uso público, y siempre que se trate de estructuras e islas artificiales levantadas por particulares y para efectos portuarios ``desde la más alta marea 50 metros hacia adentro´´, de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 2º del Decreto demandado, de modo que extender su autoridad fuera de tal zona y sobre todo tipo de construcciones implica desconocimiento del derecho de propiedad de los particulares, garantizado por el artículo 58 de la Constitución, y desbordamiento de la competencia de la Oficina que dictó el acto acusado.

4º y 5º Si bien se analiza el Decreto 2324 de 1984 se concluye que las competencias que le confirió la Ley se refieren exclusivamente a los asuntos portuarios y marinos de cuya vigilancia responde, pero no a cuestiones tocantes con el dominio o propiedad de las islas de su jurisdicción, como son las afectadas por lo dispuesto en la Resolución que se demanda, ni menos tienen que ver con la creación de impedimentos para ejercer las facultades derivadas de ese dominio privado, pues sus prohibiciones y demás medidas impiden el ejercicio de las facultades que corresponden por ley a los dueños particulares que construyen en terreno propio.

Desconocer derechos adquiridos mediante actuaciones administrativas sin fundamento legal y sin que medie las correspondientes acciones expropiatorias, es una actuación ilegal que debe ser sancionada con la correspondiente declaración de nulidad.

6º Se apoya la Resolución demandada en la invocación del artículo 107 de la Ley 110 de 1912, pero no puede aseverarse que esta disposición esté constituyendo dominio estatal sobre todas las islas del territorio nacional, ignorando la existencia de derechos adquiridos constituídos con anterioridad a dicha Ley, que ha debido dejar a salvo expresamente. Así mismo, reserva no es lo mismo que dominio, pues la primera sólo implica la afectación de unos territorios al dominio de uso público, pero no la definición del dominio, y desde luego, tal afectación sólo puede referirse a las zonas que tengan el carácter de uso público.

III. TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria y alegaciones. En aquella se denegó la suspensión provisional solicitada, la que, recurrida, fue confirmada.

III. 1. El Ministerio de Defensa Nacional, representando a la Nación, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo los argumentos que se sintetizan a continuación:

En relación con el primer cargo. Dentro de su objeto, la Dirección General Marítima tiene la función de autorizar y controlar la construcción y el uso de islas y estructuras artificiales en las áreas de su jurisdicción y autorizar y controlar los trabajos de dragado, relleno y demás obras de ingeniería oceánica en los terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público, conforme a los artículos 3o., 4o., 5o., -numerales 1, 21, 22 y 26- y 11 -numeral 7- del Decreto Ley 2324 de 1984.

Su artículo 19 establece que son Oficinas Regionales y Seccionales las Capitanías de Puerto en los puertos marítimos y fluviales de su jurisdicción, las cuales ejercen las funciones de la Dirección en el área asignada de acuerdo con la ley y los reglamentos. Y en cuanto a las funciones de éstas, se encuentran, entre otras, las de ejercer la autoridad marítima en su jurisdicción y hacer cumplir las leyes y disposiciones relacionadas con las actividades marítimas.

Su artículo 7o., parágrafo, establece que la palabra ``REGLAMENTOS´´ comprende todas y cada una de las reglas, circulares y demás instrucciones que se expidan en orden a la aplicación y cumplimiento del invocado Decreto reorgánico de la Dirección General Marítima y Portuaria. Dicho artículo fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 22 de Agosto de 1985, dentro del proceso número 1306.

De estas premisas, y teniendo en cuenta, además, que la Dirección General Marítima y Portuaria tiene la calidad de policía administrativa, se concluye, primero, que la resolución acusada ha sido emitida para evitar que la problemática de ocupación y construcción ilegal sobre bienes de la Nación en las Islas del Rosario e Islas de San Bernardo se siga agravando, y, segundo, que no es cierto que ella sea un acto con carácter y fuerza de ley que esté afectando presuntos derechos fundamentales.

En relación con el segundo cargo.- Se señala por la demanda que las Islas del Rosario y San Bernardo no son de dominio privado, sino que son bienes de la Nación, conforme a la Ley 106 de 1873, artículos 878 y 919, y ley 110 de 1912, artículos 107 y 45, al no haberse comprobado las excepciones contempladas en estas disposiciones sobre población debidamente organizada o haberse acreditado títulos traslaticios de dominio originales otorgados por el Estado con anterioridad a la expedición de dichas leyes o Códigos Fiscales.

Por lo tanto, tales islas o bienes nacionales se encuentran bajo el control de la Dirección General Marítima y Portuaria, conforme al Decreto Ley 2324 de 1984.

En relación con el tercer cargo.- No puede aceptarse la interpretación del demandante sobre la aplicación de los 50 metros a que hace referencia el parágrafo 2o.(sic), del Decreto Ley 2324 de 1984, porque no es dable pretender que a partir de ese guarismo métrico se pueda o no establecer si una isla, islote o cayo es un bien de la Nación o no, y menos que ello sea un criterio o medida para establecer su extensión.

En relación con el cuarto y quinto cargos.- No puede aceptarse el criterio del actor según el cual el Decreto Ley 2324 de 1984 le confiere a la Dirección General Marítima competencia exclusiva para asuntos portuarios y marinos, más no para asuntos tocantes con el dominio o propiedad de las islas de su jurisdicción, porque conforme a las mismas normas señaladas por el autor como vulneradas y otras del citado Decreto, como son los numerales 8, 14, 15,17,18 y 20 del artículo 3o., la competencia comprende también la dirección, coordinación y control de los bienes de la Nación como son las Islas del Rosario y San Bernardo, en orden a prevenir abusos y evitar la ocupación ilegal de tales bienes.

En relación con el sexto cargo.- El actor interpreta erróneamente el artículo 107 de la Ley 110 de 1912 al pretender hacer ver al Consejo de Estado que las Islas del Rosario y San Bernardo son objeto de propiedad privada y que se están ignorando unos supuestos derechos adquiridos, ya que dichas islas no han salido del patrimonio nacional de acuerdo con los presupuestos de los Códigos Fiscales citados.

Por otro lado, las Resoluciones 4698 de 27 de Septiembre de 1984 y 4833 de 15 de Septiembre de 1986, expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- declararon igualmente que las Islas del Rosario no han salido del patrimonio de la Nación.

Y de las Islas de San Bernardo no se tiene referencia de que algún particular haya acreditado títulos anteriores a 1873 y a Octubre 11 de 1821.

III. 2. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación en su vista de fondo expresa como razones para solicitar la denegación de las súplicas de la demanda, las que se resumen a continuación:

La competencia de la Capitanía de Puerto de Cartagena deriva de las precisas atribuciones conferidas mediante el Decreto Ley 2324 de 1984 a través de sus artículo 2º 4º y 5o., aún sin distinguir entre bienes de uso público, baldíos, bienes fiscales y del dominio eminente del Estado y bienes privados.

Además de las razones de seguridad nacional, de defensa de la zona económica y preservación del medio ambiente que sustentan las atribuciones confiadas a la DIMAR, es cierto, como lo alega el apoderado de la demandada, que ya desde el Código Fiscal de 1873 se reputan baldíos y en consecuencia de propiedad nacional, ``...4º Las islas de uno y otro mar, dentro de la jurisdicción de esta, que no estén ocupadas por poblaciones organizadas o por poblaciones particulares con justo título...´´; el artículo 107 de la Ley 110 de 1912, por el cual se sustituyó el anterior Código Fiscal, expresa que ``constituyen Reserva Territorial del Estado y no son enajenables a) las islas nacionales de uno y otro mar de la República y las de los ríos y lagos de que trata el aparte c) del artículo 45...´´: y por mandato del artículo 679 del Código Civil ``nadie podrá construir sino con permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad de la Unión.´´.

Con estas bases fueron emitidas las Resoluciones 4698 de 27 de Septiembre de 1984 y 4833 de 15 de Septiembre de 1986 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y con estos mismos fundamentos no es aventurado esperar las mismas conclusiones a que habrán de llegar, de los estudios técnicos y jurídicos, las entidades a que se refiere la parte motiva del acto acusado.

Pero la hipotética propiedad privada de las Islas tendría que ser definida en las instancias judiciales competentes, a instancia de los interesados.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala al examen de los cargos en el mismo orden en que han sido formulados por el actor en su libelo demandatorio y que han sido reseñados en este proveído, así:

Primer cargo.- El aspecto sustancial del debate se centra básicamente en esta censura, donde se cuestiona la competencia de la Capitanía de Puerto de Cartagena

como dependencia de la Dirección General Marítima y Portuaria para expedir la Resolución 0028 de 3 de Agosto de 1992, por la cual se suspenden las construcciones en las Islas del Rosario e Islas San Bernardo en jurisdicción de la referida Capitanía.

La frontal acusación se endereza a señalar que al ordenarse una suspensión indefinida de la actividad constructora en las Islas del Rosario y de San Bernardo, se estableció por el acto impugnado una prohibición general que sólo puede fijar la ley, y no una autoridad policiva que, por la naturaleza de su función, controla y sanciona las violaciones de las prohibiciones que decreta la ley pero no para tener competencia para dictar normas, aplicarlas, vigilar y sancionar su incumplimiento.

Las normas legales que el demandante cita como vulneradas y que se relacionan con este cargo son las que a continuación se transcriben, y corresponden todas a disposiciones del Decreto Ley 2324 de 1986:

``Artículo 3º- Actividades marítimas: Para los efectos del presente Decreto se consideran actividades marítimas las relacionadas con: (..).

15. La colocación de cualquier tipo de estructura, obras fijas o semifijas en el suelo o en el subsuelo marino.

16. (...).

Artículo 4º- Objeto: La Dirección General Marítima y Portuaria es la Autoridad Marítima Nacional que ejecuta la política del Gobierno en materia marítima y tiene por objeto la regulación, dirección, coordinación y control de las actividades marítimas, en los términos que señala este decreto y los reglamentos que se expidan para su cumplimiento y la promoción y estímulo del desarrollo marítimo del país.

Artículo 5º.- Funciones y atribuciones: La Dirección General Marítima y Portuaria tiene las siguientes funciones:

(...).

21. Regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público en las áreas de su jurisdicción.

(...).

22. Regular, autorizar y controlar la construcción y el uso de islas y estructuras artificiales en las áreas de su jurisdicción.

(...).

27. Adelantar y fallar las investigaciones por violación a las normas de Marina Mercante, por siniestros marítimos, por violación de las normas de reserva de carga, por contaminación del medio marino y fluvial de su jurisdicción, por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria, por violación a otras normas que regulan las actividades marítimas e imponer las sanciones correspondientes.´´.

En apoyo de su censura el actor manifiesta, como atrás se dijo, que el Decreto 2324 de 1984, reorgánico de la Dirección General Marítima y Portuaria, fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 22 de Agosto de 1985, en todas aquellas disposiciones en las cuales atribuía a tal entidad competencia para dictar regulaciones o reglamentos, de donde se desprende el carácter puramente operativo de sus actuaciones.

En efecto, por la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, dictada en el proceso 1306, se declararon inexequibles, entre otras, las siguientes disposiciones o fragmentos de ellas del aludido Decreto Ley 2324 de 1984:

Del artículo 4º el vocablo ``regulación´´ y la expresión ``para su cumplimiento, y´´.

Del artículo 5º. La palabra ``regular´´ de los numerales 2, 7, 8,13, 20,21,22 y 23 y el texto completo del numeral 14.

Del artículo 7º. la frase ``sobre la ejecución de las normas de este Decreto´´ y del parágrafo del mismo la expresión ``no sólo la que usualmente se denomina como tal, sino también´´ y la palabra ``disposiciones´´.

Del artículo 11 la expresión ``las reglamentaciones especiales de la Dirección General Marítima y Portuaria´´ del numeral 5 y la frase ``representar a la Nación´´ en los foros y conferencias internacionales relacionados con las actividades marítimas´´ del numeral 9.

Está significando y confirmando lo anterior que la función de ``regulación´´, es decir, de dictar normas de carácter general en una esfera de la actividad nacional, pertenece al legislador, conforme al artículo 150 numeral 1º de la Carta (76 numeral lo. de la anterior, vigente al momento de la declaratoria de inexequibilidad a que se ha hecho referencia) que consagra la llamada ``cláusula general de competencia legislativa´´.

Complementa este criterio, en el presente caso, la inexequibilidad de la expresión ``para su cumplimiento y´´ del artículo 4° que la Corte Suprema de Justicia declarara a fin de evitar el equívoco de que por ``los reglamentos´´, expresión contenida en la misma disposición, se entiendan tanto los de orden interno que pueda

dictar la Dirección General Marítima y Portuaria como los constituídos por los decretos reglamentarios cuya expedición es una de las atribuciones del Presidente de la República en su carácter suprema autoridad administrativa.

Estas inexequibilidades junto con las otras que se han señalado permiten realizar sin dificultad alguna la interpretación correcta de la competencia atribuída a la Dirección General Marítima y Portuaria a través de las funciones que en el mismo Decreto Ley 2324 de 1984, y en los reglamentos que se expidan para su cumplimiento , se le asignan, conforme lo previene el mandato contenido en su artículo 1°, así que, teniendo en cuenta, además, que todos los funcionarios de la DIMAR tienen la obligación de cumplir y hacer efectivos los reglamentos dictados por el Director General Marítimo y Portuario (inciso 1° del artículo 7º del citado decreto), los cuales habrán de referirse a los procedimientos internos necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la DIMAR, según reza el artículo 11 numeral 7º, *ibídem,* y la delimitación que el mismo estatuto hace de las funciones asignadas a las Capitanías de Puerto en su artículo 20, según el cual a éstas corresponde ejercer la autoridad marítima y portuaria en su jurisdicción haciendo cumplir las leyes y disposiciones relacionadas con las actividades marítimas y portuarias: conceptuar y tramitar ante la Dirección General Marítima y Portuaria- las solicitudes de licencias, matrículas y patentes de navegación; verificar los exámenes para expedir licencias; expedir licencias de navegación para el personal de mar; dirigir y supervisar el servicio de practicaje; autorizar el arribo y zarpe de naves e inspeccionar el funcionamiento de las mismas; investigar, aún de oficio, los siniestros y accidentes marítimos, las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos que regulan las actividades marítimas y la Marina Mercante Colombiana y dictar fallos de primer grado e imponer las sanciones respectivas, y cumplir las funciones establecidas en el Decreto 978 de 1974, conforme a las cuales le corresponde fundamentalmente determinar los procedimientos relativos a la colaboración que deben prestar los distintos funcionarios públicos que ejercen las labores en los puertos indicados en el artículo 5º del mismo Decreto, deviene con nítida transparencia que a la Dirección General Marítima y Portuaria le está vedado ejercer una competencia normativa, pues como autoridad marítima nacional, dependiente del Ministerio de Defensa, le correponde sólo **ejecutar** la política del Gobierno en materia de actividades marítimas, las cuales están señaladas en el artículo 3º del Decreto 2324 de 1984, según el expreso mandato del artículo 4º, *ibídem.*

Desde luego que, conforme a las previsiones de este mismo estatuto, le corresponde , como atrás se dejó visto, dictar las reglamentaciones y determinar los **procedimientos internos** necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria, aspecto bien diferente a la facultad de dictar disposiciones correspondientes a la esfera de la potestad reglamentaria presidencial, lo cual se deduce de las normas comentadas y en especiel de lo preceptuado en el artículo 11 de aquel estatuto que contempla las funciones del Director General de la DIMAR, con la especial salvedad, desde luego, de la inexequibilidad parcial de su numeral 5º a la que ya se hizo referencia.

En este orden de ideas, resulta claro que la Capitanía de Puerto de Cartagena, como autoridad marítima y portuaria en su jurisdicción, dependiente o subordinada a la Dirección General, o aún mejor, al Director General Marítimo y Portuario, en ejercicio de su bien entendida competencia para autorizar y controlar construcciones en las zonas marinas de su jurisdicción, no podía, como irregularmente lo hizo a través del acto acusado, suspender de manera general e indefinida todas las construcciones e instalaciones posibles en dicha área, pues sus atribuciones estarán limitadas a la autorización individual o particularizada de construcciones, esto es, a la decisión de situaciones jurídicas subjetivas y concretas, y a los correspondientes controles, conforme a regulaciones internas que al efecto dictase el Director General Marítimo y Portuario. Pero, en manera alguna su referida competencia no le faculta para adoptar decisiones creadoras de situaciones jurídicas generales, impersonales y abstractas, como la establecida en la Resolución impugnada, aspecto que atinadamente invoca el actor como sustento de su pretensión.

Una prohibición como la de la Resolución acusada no tiene, ciertamente, carácter de simple medida de policía administrativa en aplicación de la ley, como lo sostiene equivocadamente la parte demandada, pues ella no contiene la concesión o negación de permisos de construcción ni sanción por falta o violación de las autorizaciones concedidas, ya que su concepción y efecto es el de suspender toda actividad constructora en las islas objeto del acto acusado, cuestión que no está comprendida en su competencia como autoridad de policía en asuntos portuarios y marítimos.

La Sala comparte el criterio expuesto por el demandante en cuanto a que en verdad resulta evidente que la competencia de policía administrativa atribuída a la mencionada Capitanía a través de las disposiciones atrás señaladas (específicamente para este caso en los numerales 23 y 27 del artículo 5º concordados con los numerales 1, 2 y 10 del Decreto 2324 de 1984) queda restringida a dar aplicación a las regulaciones generales que en este Decreto se establecen, que, desde luego, no comprende la de que esa Oficina expida nuevos desarrollos formativos, como reglamentaciones administrativas distintas a las que eventualmente puede dictar el Presidente de la República por virtud del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que es lo que pretende el acto acusado, al establecer prohibiciones generales que no existen en la ley y que sólo puede decretarse por ésta.

Contrariamente, pues, a lo alegado y sostenido por la Agencia del Ministero Público, la normatividad vigente (Decreto Ley 2324 de 1984), antes que atribuir a las Capitanías de Puerto facultades para dictar normas de carácter general, le otorga sólo atribuciones para aplicarlas y vigilar y sancionar su incumplimiento.

Es conveniente precisar que, si bien la orden de suspender las construcciones en las Islas del Rosario y de San Bernardo y el prohibir el levantamiento de nuevas obras civiles en las mismas áreas, están contenidas en el inciso 1º del artículo 1º y en un fragmento del artículo 2º de la parte resolutiva del acto demandado, por contemplar el parágrafo de aquel la sanción correspondiente a los extremos indicados, y los

demás artículos, 2º y 3°, contener los mecanismos tendientes a lograr la efectividad de aquella orden de suspensión, así como la de evitar la construcción de obra civiles en áreas señaladas, la nulidad que amerita aquellas disposiciones se extiende igualmente al resto del articulado de la Resolución 0028 de 1992, expedida por el Capitán de Puerto de Cartagena sin competencia para ello, como ha quedado ampliamente explicado en estas consideraciones.

No sobra agregar que la casi totalidad de la argumentación esgrimida por la demandada, y su arsenal probatorio, con los cuales pretende enervar la prestensión anulatoria de la demanda, se endereza a definir y discutir derechos de propiedad sobre las Islas del Rosario y San Bernardo y sobre la naturaleza jurídica de dichas Islas, razón por la cual la defensa del acto acusado resulta irrelevante frente al claro propósito del actor demarcado en su libelo demandatorio.

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

FALLA:

1. Declárase la nulidad de la Resolución número 0028 de 3 de Agosto de 1992, expedida por la Capitanía de Puerto de Cartagena.

2. Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue leida, discutida y aprobada en sesión del día 19 de Agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PRESUPUESTO MUNICIPAL - Repetición/SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

El hecho de haber sido aprobado por el concejo municipal el proyecto de presupuesto no implica que el acto acusado incurra en su violación, menos en el grado de "manifiesta" que exige el artículo 152 del C.C.A. para que proceda la medida precautelativa impetrada, pues debe recordarse que, conforme al artículo 315-6 de la Carta Política, los alcaldes tienen la atribución de objetar los acuerdos "...que consideren inconvenientes o contrarios al orden jurídico", lo cual sucedió en el asunto *sub júdice*, puede implicar que, en tales circunstancias, la norma debe interpretarse en el sentido de que tal objeción implica que el proyecto finalmente no ha sido aprobado, caso en el cual la consecuencia sería la repetición del presupuesto que fue lo dispuesto en el acto acusado. NIEGA LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos del Decreto 115 de 21 de diciembre de 1992, expedido por el alcalde de Marialabaja.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santafé de Bogotá, D.C., veinte de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia Expediente Nº 2565. Actor: Atilano Pérez Barrios

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 de Bolívar el 4 de mayo de 1993, en cuanto decretó la suspensión provisional del Decreto Nº 115 de 21 de diciembre de 1992, expedido por el alcalde municipal de Marialabaja, "por medio del cual se orden (sic) la repetición del presupuesto vigente de 1992, para la vigencia fiscal del año 1993 (repetición de los Acuerdos números 34 y 35 de 1990)".

I. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En escrito separado de la demanda, la parte actora solicitó al tribunal de origen decretar la suspensión provisional del acto acusado en ejercicio de la acción de nulidad, pues considera, en síntesis, que no es necesario hacer "...lubricaciones mentales..." (sic) para comprobar, mediante simple comparación de textos, que éste incurre en flagrante violación de los artículos 96 del estatuto de presupuesto del municipio de Marialabaja (Acuerdo Nº 14 de 1990), 51 de la Ley 38 de 1989, 29 y 113 de la Constitución Política.

En efecto, mediante el acto acusado se puso en vigencia el presupuesto del año anterior, sin que se diera ninguno de los eventos previstos en el citado artículo 96 del Acuerdo Nº 14 de 1990 para hacerlo posible, es decir, que el alcalde no hubiese presentado el proyecto de presupuesto, o lo hubiese presentado en un término diferente al autorizado por la ley, o que el aprobado fuese anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La violación manifiesta del artículo 51 de la Ley 38 de 1989, aplicable a los asuntos municipales en virtud de lo dispuesto por su artículo 94, se produce por el hecho de que el acto demandado se expidió sin que mediara ninguno de los eventos allí previstos para disponer la repetición del presupuesto del año anterior.

La violación de los artículo 29 y 113 de la Constitución es clara y manifiesta, "...ya que si se comparan dichas normas constitucionales con los actos que dieron origen a la expedición del Decreto 115 de diciembre 21 de 1992 expedido por el señor ALCALDE MUNICIPAL, se compruebe que los actos hechos con relación al PRESUPUESTO DE RENTAS INGRESOS Y GASTOS PARA LA VIGENCIA DE 1993, fueron hechos extensivos al proyecto de acuerdo QUE FIJA LAS ASIGNACIONES CIVILES. También se comprueba fácilmente que el señor alcalde al expedir el decreto de repetición de presupuesto, se pronunció sobre actos y hechos que solamente puede determinarlos el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, como es el caso de que sin ser determinada o expuesta la LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE LO HECHO POR EL CONCEJO MUNICIPAL EN EL TRÁMITE DEL PRESUPUESTO, éste procedió a expedirlo por decreto" (sic) (mayúsculas y ortografía del texto original).

II. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, con aclaración de voto de uno de sus magistrados, decretó la medida de suspensión provisional del acto acusado con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 52 a 55 cdno. ppal.):

En la parte motiva del decreto demandado se expresa que el Alcaldè Municipal presentó oportunamente el proyecto de presupuesto, que el 2 de diciembre de 1992 el concejo lo remitió al alcalde para su sanción y que el día 10 del mismo mes y año

dicho funcionario lo devolvió al concejo con objeciones "... por inconstitucional, ilegal e inconveniente".

Como quiera que ninguno de los anteriores hechos se consagran en el artículo 96 del Acuerdo Nº 14 de 1990 (estatuto de presupuesto del municipio Marialabaja) como causales para que se pudiese adoptar válidamente la decisión de repetir el presupuesto del año anterior, el acto acusado incurre en manifiesta violación de dicha norma superior.

En cuanto a la alegada violación del artículo 51 de la Ley 38 de 1989 se observa que mientras esta norma dispone que el decreto de repetición del presupuesto debe dictarse antes del 10 de diciembre, el acto acusado lo fue el 21 de diciembre de 1992, es decir, en forma extemporánea.

En lo concerniente a la violación de los artículos 29 y 113 de la Constitución, "... este cargo sólo es procedente resolverlo al momento de dictar sentencia".

III. EL RECURSO DE APELACION

En tiempo oportuno el apoderado del municipio de Marialabaja interpuso el recurso de apelación, sin expresar motivo alguno de inconformidad para con la providencia impugnada (fl. 60 cdno. ppal.).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego de analizar los fundamentos de la solicitud y del auto recurrido, la Sala considera que la decisión de suspender provisionalmente los efectos del Decreto Nº 115 de 1992 debe ser revocada, por las siguientes razones:

1ª Porque si bien para disponerse la repetición del presupuesto del año anterior no se dio ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 96 del Acuerdo Nº 14 de 1990 (estatuto de presupuesto de Marialabaja), tal hecho, por sí solo, no es suficiente para decretar la medida precautelativa impetrada, toda vez que habiendo sido objetado **totalmente** por el alcalde el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, como se lee en la motivación del acto acusado (fl. 8 cdno. ppal.), su sustento legal bien pudiese encontrarse en las normas que se citan en uno de sus considerandos, una de las cuales se transcribe parcialmente en los siguientes términos:

"Si el proyecto de presupuesto no fuere presentado por el alcalde dentro del término legal o si el acuerdo hubiere recibido **objeción total**, regirá para la respectiva vigencia, el presupuesto del año anterior, conforme lo establecido seguidamente..." (subraya la Sala).

La anterior circunstancia, a juicio de la Sala, impide predicar que la endilgada violación del artículo 96 del Acuerdo Nº 14 de 1990, y que observó el tribunal *a quo*, sea suficiente para destruir de manera provisional la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, de tal manera que la legalidad de la anterior motivación requiere un estudio de fondo propio de la sentencia.

2ª Porque si bien el artículo 51 de la Ley 38 de 1989, orgánica del Presupuesto General de la Nación, dispone que "si el proyecto de Presupuesto General de la Nación no hubiere sido presentado en los primeros diez días de sesiones ordinarias o no hubiere sido aprobado por el Congreso, el Gobierno Nacional expedirá el decreto de repetición antes del 10 de diciembre...", no lo es menos que en la motivación del acto acusado se lee que el alcalde de Marialabaja "...presentó oportunamente al concejo el proyecto de acuerdo sobre presupuesto para la vigencia fiscal de 1993" (fl. 8 cdno. ppal.), con lo cual, y sin perjuicio de que se pruebe lo contrario en el curso del proceso, se demuestra la no violación de dicha norma, en cuanto al primero de los eventos en ella previstos.

En relación con la segunda circunstancia que el citado artículo 51 de la Ley 38 de 1989 consagra para que sea procedente ordenar la repetición del presupuesto del año anterior, la Sala considera que el hecho de haber sido aprobado por el concejo municipal el proyecto de presupuesto no implica que el acto acusado incurra en su violación, menos en el grado de "manifiesta" que exige el artículo 152 del C.C.A. para que proceda la medida precautelativa impetrada, pues debe recordarse que, conforme al artículo 315-6 de la Carta Política, los alcaldes tienen la atribución de objetar los acuerdos "... que consideren inconvenientes o contrarios al orden jurídico", lo cual sucedió en el asunto *sub júdice*, puede implicar que, en tales circunstancias, la norma deba interpretarse en el sentido de que tal objeción implica que el proyecto finalmente no ha sido aprobado, caso en el cual la consecuencia sería la repetición del presupuesto que fue lo dispuesto en el acto acusado.

3ª Porque tampoco cabe predicar la violación manifiesta del artículo 51 de la Ley 38 de 1989 por el hecho de que el acto acusado no se haya expedido antes del 10 de diciembre de 1992, toda vez que como concluye la aclaración de voto de uno de los magistrados del tribunal *a quo*, "...hasta esa fecha tiene plazo el concejo para aprobar el proyecto (de presupuesto) presentado por el jefe de la administración municipal" (fl. 57 cdno. ppal.), de tal manera que el acto mediante el cual se decide la repetición debe ser necesariamente posterior a esa fecha, cuando se trata del orden municipal.

4ª Porque los confusos términos en que está concebido el concepto de violación de los artículos 29 y 113 de la Constitución Política no permiten evidenciar, en esta etapa procesal, que el acto acusado incurra en su transgresión manifiesta.

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

RESUELVE:

1º REVOCASE el ordinal segundo de la parte resolutiva del auto de 4 de mayo de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar y, en su lugar DISPONE:

DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Decreto 115 de 21 de diciembre de 1992, expedido por el alcalde municipal de Marialabaja.

2º En firme esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas la anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríiguez, *Yesid Rojas Serrano.*

UTILIDAD PUBLICA/INTERES SOCIAL/OBRA PUBLICA - Ejecución

Si el Acuerdo demandado no implica la declaración de utilidad pública o de interés social, ni tampoco la expropiación, no ve la Sala el por qué tuviera que citar en su epígrafe la norma relativa a estas materias, menos cuando según la jurisprudencia, la cita de la disposición legal o constitucional que faculta al Concejo para dictar el acto que establecía el artículo 11 del Decreto 49 de 1932, no es requisito sustancial y en consecuencia su omisión no implica la nulidad del Acuerdo. Pero aun en el caso que se tratara de una expropiación por motivo de utilidad pública o interés social, la omisión de la cita de la ley que la autorizara no acarrearía nulidad del acto. Conviene recordar que la apertura o ampliación de calles y en general la ejecución de obras públicas, han sido definidas por la ley como motivos o asustos de utilidad pública y de interés social, en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1943 en concordancia con el artículo 44 del Decreto 1333 de 1986, y en el artículo 10, literal 1 de la Ley 9ª de 1989.

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

Santafé de Bogotá, D.C., veinte de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº 2337. Autoridades Municipales. Actor: María Mercedes Camacho de Pinzón

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada -Municipio de Pijao-, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 11 de febrero de 1993.

ANTECEDENTES

La señora MARIA MERCEDES CAMACHO DE PINZON, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindío la nulidad del Acuerdo Nº 04 del 28 de agosto de 1991, expedido por el Concejo Municipal de Pijao, Quindío, "Por medio del cual se ordena la ejecución de algunas obras de interés público en el área rural de la jurisdicción municipal y se conceden autorizaciones al ejecutivo local para que haga efectivas dichas disposiciones".

En subsidio de la pretensión anterior, solicitó declarar que el Acuerdo demandado no se ejecutorió y de consiguiente es inoponible a la actora y demás habitantes del Municipio de Pijao, Quindío.

El texto de la disposición acusada es el siguiente:

"EL CONCEJO MUNICIPAL DE PIJAO QUINDIO en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las que le confieren los artículos 313 numerales 2º y 3º de la Carta, artículo 92 numerales 1ºy 7° del Régimen Municipal y demás disposiciones concordantes, y

CONSIDERANDO

"- Que algunos sectores del área rural del Municipio se encuentran en malas condiciones de comunicación con las consiguientes dificultades y perjuicios para los habitantes y la economía de los mismos.

"- Que es indispensable habilitar adecuadas condiciones de comunicación del sector rural con la cabecera Municipal a fin de garantizar el normal flujo de personas y productos, de tal manera que no se afecte la economía regional y no se perjudiquen los habitantes de tales sectores.

ACUERDA

"Artículo primero: ORDENASE la ejecución de las obras necesarias para:

"a) La apertura de una vía de penetración en el área rural del Municipio que comunica la carretera que de Pijao conduce a Génova, en el sitio denominado Los Chorros con la Escuela El Jardín, dicha apertura comprenderá únicamente hasta la Quebrada Los Arboles, sector de la Maizena.

"b) Restablecer la comunicación en el sector de la Vereda Puente Tabla-La Campesina con la Mariela.

"Artículo segundo: AUTORIZASE al Gobierno Municipal para:

"a) Establecer las especificaciones técnicas de los proyectos para lo cual podrá solicitar la asesoría de los organismos públicos y/o privados especializados en la materia que considere necesario.

"b) Adelantar los trámites necesarios para la adquisición de las fajas de terreno que deben utilizarse para la ejecución de las obras, de conformidad con los proyectos que traze (sic) el ejecutivo.

"c) Efectuar en el presupuesto municipal los movimientos necesarios para arbitrar los recursos financieros para adelantar las negociaciones y obras correspondientes.

"Artículo tercero: El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que directa o indirectamente le sean contrarias".

HECHOS DE LA DEMANDA

Cita el apoderado de la demandante en su libelo, los hechos que a continuación se resumen.

La actora es propietaria y poseedora del predio rural denominado La Esmeralda, ubicado en la vereda La Maizena, Municipio de Pijao.

El señor Alcalde de este Municipio, señor Luis Eduardo Martínez Molina, es propietario del predio rural El Brillante, ubicado en la vereda La Maizena que está conformada por terrenos de los Municipios de Pijao y Génova.

El mencionado Alcalde de Pijao presentó a consideración del Concejo Municipal de esa localidad, en el mes de febrero de 1991, un proyecto de Acuerdo mediante el cual se declaraba de utilidad pública o interés social el tramo del camino que desde el sitio "Los Chorros" conduce a la quebrada "Los Arboles" de propiedad de la señora Mercedes Camacho de Pinzón, hoy actora.

Dicho proyecto se convirtió en Acuerdo que se identificó con el Nº 01 de 23 de febrero de 1991, el que al ser remitido a la Gobernación del Departamento para la revisión legal, fue encontrado violatorio de la Constitución y la ley, por lo que fue remitido al Tribunal Administrativo del Quindío que lo declaró nulo en sentencia de 5 de junio de 1991.

El mencionado Alcalde presentó luego a la consideración del Concejo el proyecto de Acuerdo que se convirtió en el acto administrativo que ahora en esta oportunidad se demanda, al cual le impartió la sanción.

El inmueble rural de la actora antes mencionado está ubicado en el sector de Los Chorros, Vereda La Maizena, Municipio de Pijao.

El predio del Alcalde Martínez Molina, atrás indicado, está ubicado en el sector de la Escuela El Jardín, vereda La Maizena, Municipio de Génova, Quindío.

La vía de que trata el acto acusado pretende unir el sector de la Escuela El Jardín con el Municipio de Pijao, pasando por la finca mencionada de la actora, con lo cual se valoriza el predio del Alcalde Martínez Molina al obtener una nueva y directa comunicación con el Municipio de Pijao.

La accionante relaciona los linderos de los predios y da cuenta de su respectiva tradición.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La actora consigna como fundamento de sus pretensiones cuatro cargos, que se sintetizan así:

Primer Cargo.- Se afirma la violación del artículo 58 de la Carta Política, aduciendo que el acto acusado no invocó la ley que define la utilidad pública o interés social, para autorizar a la Administración Municipal de Pijao a adquirir voluntaria o forzadamente la franja de terreno de que trata el Acuerdo demandado, como tampoco se hizo mención en él de que en el último evento, es decir, en caso de expropiación, se requería sentencia judicial e indemnización previa para poder compelir a la actora a vender el bien de su propiedad.

Segundo Cargo.- Sostiene la demandante que se violó el artículo 11 del Decreto 49 de 1932 por no indicarse en el texto del Acuerdo de manera clara y precisa la disposición legal o constitucional que faculta al Concejo para dictarlo, pues en él se citan normas que nada tienen que ver con el asunto de que se ocupa. Además no se señala con precisión cuál es el estatuto denominado "Régimen Municipal", ni a qué "Carta" se refiere.

Tercer Cargo.- Dice que hay violación del artículo 43 del C.C.A., porque hasta la fecha de presentación de la demanda -12 de diciembre de 1991- no había sido publicado el Acuerdo demandado y, en tal circunstancia debe el Consejo de Estado declarar que no es ejecutorio y, por consiguiente, inoponible a la actora y a los demás habitantes de Pijao, de conformidad con los artículos 47 y 48 ibidem.

Cuarto Cargo.- Sostiene la actora que con la expedición del Acuerdo acusado se incurrió en desviación de poder por cuanto el fin no fue el interés público a que se alude en él sino el beneficio particular del mismo Alcalde que buscó sólo valorizar su predio.

RAZONES DE LA DEFENSA

Argumenta el Municipio de Pijao (Quindío) contra las censuras de la demanda, en esencia lo siguiente:

No es cierto que de no consignarse las normas que definan como de interés público la construcción de vías de comunicación invalide el Acuerdo, porque ya está revaluada la interpretación exegética del artículo 11 del Decreto 49 de 1932.

Tampoco resulta indispensable señalar que la adquisición de un predio que deba hacerse por vía expropiatoria deba estar precedida de un proceso judicial y el pago de una indemnización porque ello ya está establecido en la ley.

En cuanto a las imprecisas denominaciones de "Régimen Municipal" y "Carta", ellas son de cotidiana utilización y general aceptación para referirse al Decreto 1333 de 1986 y a la Constitución Política de Colombia, respectivamente.

Propuso además las excepciones que denominó "INEPTA DEMANDA", "FORMA LEGAL" Y "EJERCICIO LEGAL DE LAS ATRIBUCIONES". Sustenta la primera en que la acción aquí invocada es improcedente porque pretende usar la acción pública para proteger un interés privado; la segunda es una reiteración sobre la inaplicabilidad del artículo 11 del Decreto 49 de 1932, y la tercera se sustenta en que fue una autoridad distinta de quien se predica el supuesto interés ajeno al querer de la ley, por lo cual, dice la demandada, el cargo de desviación de poder carece de fundamento.

LA SENTENCIA APELADA

Como fundamento de su decisión anulatoria, el Tribunal Administrativo del Quindío arguye, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar examina la excepción de inepta demanda, advirtiendo que sólo en relación con ella, de prosperar impediría un pronunciamiento de fondo sobre el objeto del proceso.

Refiriéndose concretamente a esta excepción, manifiesta que al Tribunal no le asiste duda sobre el carácter general del acto acusado. Dice que todo acto administrativo contiene situaciones de carácter general y abstracto o situaciones de carácter individual, pero que lo que importa fundamentalmente para establecer lo uno o lo otro es su contenido material expresado en el ejercicio de la función administrativa, teniendo en cuenta la finalidad que con él se persigue, es decir, si como en el presente caso, se afecta a toda la comunidad, y toca los derechos de todos, protegidos constitucionalmente, en el presente y en el futuro, aparte de que su eventual nulidad, si ello fuere posible, no produciría restablecimiento automático de los derechos supuestamente constreñidos, ni entra a precaver violación alguna de aquellos.

El elemento inspirador del acto acusado, lo es indudablemente el principio de la función social de la propiedad definida por el Constituyente, quedando así por fuera toda posibilidad de la aplicación en este caso de la doctrina de los motivos y finalidades en el sentido que se pretende por parte del excepcionante, porque la misma ha de entenderse en el sentido de que la acción no es elemento adjetivo de derecho material, sino un derecho del administrado para acudir a la jurisdicción con miras a obtener respuesta a sus pretensiones, definiéndose la acción de acuerdo con las notas características que individualicen las respectivas pretensiones.

La actora, a parte de adjuntar los títulos que le acreditan como titular del bien inmueble que interesa a la Administración Municipal de Pijao, para cruzar por allí la carretera ya aludida, en ningún momento manifiesta su oposición a la obra, y por el contrario es consciente de que su interés particular habrá de ceder al interés público o social, pero siendo menester que las autoridades municipales se apoyan previamente en ley que defina esta última clase de interés y proceder, allí sí, a adquirir la faja de terreno requerida bien de manera voluntaria, o forzada en caso de no lograrse el respectivo acuerdo de voluntades; recordando de paso que ya este Tribunal en providencia de 5 de julio de 1991, mediante la cual se anulara el Acuerdo expedido por el Concejo Municipal bajo el número 01 de 23 de febrero de 1991, había relacionado las irregularidades que le hicieron inválido, y que fueron desatendidas al expedir el acto acusado.

Todo este conjunto de aconteceres permiten afirmar que la situación particular señalada con énfasis por la parte demandada, en realidad hace presencia y ello es innegable; pero no puede desconocerse también, que la misma tiene repercusiones de alcance general porque trastorna el orden jurídico y la equidad e igualdad de los ciudadanos que tienen derecho a que la función pública se desarrolle conforme a la Constitución y las leyes.

El hecho de que la demandante hiciera énfasis en su calidad de propietaria del citado terreno, lo interpreta la Sala como la manera que aquella encontró más adecuada para resaltar esa misma característica en cabeza del funcionario que ideara el proyecto de Acuerdo en el que se ordena la ejecución de algunas obras de interés público, y sustentar así su acusación señalada como "Desviación de Poder".

Aclarada en debida forma la verdadera posición asumida por la demandante sólo queda por pregonar la ausencia de prueba que apoye la excepción planteada, de allí que la misma no prospere.

Tampoco prosperan las denominadas excepciones de "Forma Legal" y "Ejercicio Legal de las Atribuciones" porque no lo son desde el punto de vista legal, jurisprudencial ni doctrinario, ni aún alcanzan a ser motivo para recurrir las decisiones que les den cabida a motivos de nulidad.

Los trámites que se emprendan para la adquisición de esas fajas de terreno que menciona el Acuerdo, bien pueden llevarse a cabo mediante contrato voluntariamente celebrado con su propietario, asunto poco probable en este caso en razón a (sic) los antecedentes informados para el proceso, o por expropiación en cuyo evento, tal como lo dispone el artículo 58 de la Carta Política, los motivos de utilidad pública o de interés social deben estar previamente definidos por el legislador, y expresarse como fundamento del respectivo Acuerdo, tal como lo exige el artículo 11 del Decreto 49 de 1932, requisito que se torna sustancial.

No se trata de una simple omisión de carácter formal sin incidencia en la decisión material, por el contrario, considera la Sala estar ante una irregularidad que se

proyecta en el ámbito mismo de la competencia del Concejo Municipal, condicionada en la actuación que se pretende a través del acuerdo, al lleno del requisito citado que se torna sustancial para el efecto.

Preocupa a la Sala que la conducta descrita se vuelva persistente, porque insistiendo ante la parte demandada que el Acuerdo atacado no es más que simple reproducción del Nº 01 de febrero 23 de 1991 por las causas señaladas en la respectiva providencia, asunto que por demás fuera confirmado por el Consejo de Estado. Ya había sido advertido tanto el ejecutivo como el Concejo Municipal respecto de la forma, esa sí ajustada a la ley, en que debió adoptar sus decisiones dirigidas a la finalidad que se viene proponiendo.

Ante la indicación clara y precisa del Tribunal en el sentido de que se extralimita en sus facultades al entrar a definir y declarar de utilidad pública o interés social el tramo de un camino, y que simplemente debió hacerse mención de la ley respectiva que así lo consagrara; para esta segunda ocasión el cabildo tampoco lo hizo, y se limitó a enunciar que las obras ordenadas eran de "Interés Público", es decir, obró en idéntico sentido, porque ello equivale a expresar que como tales las consideraba pero con ausencia total del indispensable fundamento legal.

Estimó el a-quo que comprobadas las violaciones normativas citadas, era innecesario el análisis de los demás motivos de nulidad expresados en la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte demandada fundamenta su disentimiento con el fallo apelado en los argumentos que se resumen a continuación:

El primero de ellos se refiere al examen que el Tribunal hizo sobre la EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA, alegando que no es cierto que la actora acepta de buen grado la obra, pues sus razones para oponerse son de tecnicismo legal y aun de temeraria acusación hacia el ex alcalde sobre una supuesta desviación de sus atribuciones en provecho personal.

Contrariamente el mismo Tribunal afirma: "... Se tiene que los trámites que se emprendan para la adquisición de esas fajas de terreno que menciona el Acuerdo, bien pueden llevarse a cabo mediante contrato voluntariamente celebrado con su propietario, asunto poco probable en este caso en razón a los antecedentes informados para el proceso...", así que el a quo es consciente de la renuencia de la demandante para aceptar la obra y sin embargo afirmó lo contrario.

Para que la excepción prospere basta el hecho, reconocido por el Tribunal, de que la actora acredita un interés particular, que se vería automáticamente restablecido con la declaratoria de nulidad del acto, interés que se materializa en precaver un supuesto perjuicio vislumbrado por la actora, consistente en la circunstancia de verse forzada, por cualquier vía, a vender una porción del terreno que posee, sin que esto requiera prueba adicional sobre las que ya obren en el proceso.

La actora ante la imposibilidad de acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por caducidad de la misma, incoa la acción de simple nulidad con el inexcusable propósito de evitar la venta de una parte de su predio, lo cual ella intenta conjurar a través de la anulación del acto que facultó a la administración para ejecutar las obras.

Un segundo punto de discrepancia consiste en señalar que la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la omisión del requisito del artículo 11 del Decreto 49 de 1932, no es sustancial, y en consecuencia, su omisión no vicia, por si solo, de nulidad un Acuerdo.

Aduce además que la precipitada norma fue derogada por el Decreto Ley 1333 de 1986, a través del artículo 385, disposición ésta que fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de noviembre de 1986.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación en su visita fiscal manifiesta que debe confirmarse el fallo apelado, con base en los criterios que a continuación se resumen:

El acto acusado produce, sin duda, consecuencia de orden general e indeterminadas a la comunidad del Municipio de Pijao, aunque la finalidad del mismo sea la de lograr la construcción de una carretera entre los sitios "Los Chorros" y "Los Arboles" que hacen parte del predio de la actora, pues es claro que los efectos del mencionado acto afectarían, o eventualmente lesionarían a toda la comunidad.

Luego sí era procedente atacar el Acuerdo 04 de 1991 por la vía de simple nulidad, ya que además de ser un acto de carácter general, el motivo perseguido encuadra en la defensa del orden jurídico por el desconocimiento de un precepto constitucional.

Refiriéndose a la causal de nulidad atendida por el Tribunal, hace notar que al ordenar el Acuerdo la ejecución de algunas obras de interés público, como se lee en su epígrafe, se desconocía el inciso 4º del artículo 58 de la Carta Política, ya que mal podía el Concejo Municipal de Pijao ordenar a través del acto enjuiciado, la ejecución de algunas obras que el mismo determinó como de interés público, pues ello sólo es posible determinarlo al Congreso de la República.

También es claro que el Tribunal no encontró como única ilegalidad del Acuerdo el desconocimiento del artículo 11 del Decreto 49 de 1932, como lo señala el recurrente, sino que advirtió también el desconocimiento de lo reglado en el citado artículo 58 de la Constitución.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Reitera la parte demandada en su recurso de apelación que hubo una inadecuada utilización de la acción de nulidad contra el Acuerdo 04 de 1991.

Empero, no logra desvirtuar con sus argumentos el fundamento de la decisión del a quo que sentenció la no prosperidad de la excepción de inepta demanda.

El enfoque del apelante se centra en que el Tribunal pese a haber reconocido que la actora acreditaba un interés particular, decidió sobre la base de un interés general y público.

Esta es una apreciación recortada y acomodaticia de lo que se expresa en la sentencia recurrida.

Revisados los antecedentes del proceso, y de manera especial la demanda, la Sala encuentra que la interpretación del a quo en el sentido de que la actora en ningún momento manifiesta su oposición a la obra es cierta. Lo que en realidad se descubre a través del libelo demandatorio es una clara intención de ceder su interés particular ante un interés público o social, pero sin que se dejen de cumplir por las autoridades municipales la previsión constitucional de que previamente la zona de terreno por donde se pretende cruce la vía a que se refiere el Acuerdo demandado sea declarada por la ley de "utilidad pública o interés social", lo que se traduce en el elemento inspirador del acto acusado, que el mismo Concejo Municipal reconoce y destaca en su epígrafe.

No desconoce el Tribunal que el aspecto relativo a que la situación particular de la actora, en el cual hace hincapié el apelante, hace presencia en el proceso, pero no debe éste ignorar que el a quo también advierte que la misma tiene repercusiones de alcance general "porque trastorna el orden jurídico" y la "igualdad de los ciudadanos que tiene pleno derecho a que la función pública se desarrolle conforme a la Constitución y a las leyes".

Ciertamente, resulta incuestionable, como lo sostiene el fallo impugnado, que no es propiamente el hecho de ser la actora propietaria de un pedazo de terreno por donde se pretende ejecutar la obra, el elemento definidor del interés en que radica la acción que se ejerce, que si fuera así conduciría a calificarla de restablecimiento, y al acto de carácter particular y concreto.

La calificación de la acción que se ejerce es fenómeno que no se puede tomar aisládamente, es decir, desligado del contexto de la demanda, y especialmente de las pretensiones que allí se consignan, dentro de las cuales ninguna apunta a restablecimiento de derecho alguno, ni habría lugar a que alguno se diera automáticamente como consecuencia de la declaratoria de la nulidad pedida, cuyo propósito no es otro que el de defender el orden jurídico a través del respeto de la preceptiva constitucional (art. 58) que defiere, como es apenas lógico, a la ley la determinación en cada

circunstancia que lo amerite, la declaratoria de "utilidad pública o interés social" a que se debe contraer el objeto de la función pública.

No escapa a la Sala que las especificaciones relativas a la ubicación de los parajes por los cuales habría de pasar el camino para unir dos localidades se endereza a preestablecer, antes que todo, presupuestos con los cuales se sustentaría el cargo de presunta desviación de poder, sin que ello signifique o pueda confundirse con un propósito o interés particular en el ejercicio de la acción que se incoó.

Sustentan con toda firmeza las apreciaciones precedentes, lo consignado en el Acuerdo acusado, en el sentido de que su propósito o finalidad es de mejorar las comunicaciones de toda una comarca y superar así las dificultades y prejuicios de sus habitantes, según rezan expresamente sus considerandos.

El apelante incurre en un error al estimar que en la hipótesis de anularse el Acuerdo acusado, la actora se liberaría automáticamente del perjuicio consistente en tener que vender una porción de su terreno. Olvida aquel que en manera alguna ella ha desconocido la posibilidad de tener que vender una franja de su inmueble y que esto no lo ha entendido como perjuicio, que jamás sería así, pues por dar parte de su predio recibiría en contraprestación un precio que se entiende conmutativo, pues comúnmente se estima que la cosa vale lo que por ella se paga.

Y de llegarse a la expropiación, a ésta también corresponde una previa indemnización que se fija consultando no sólo los intereses de la comunidad sino los de la afectada, que al fin y a la postre se beneficia de la "utilidad pública".

Por el aspecto examinado, pues, la apelación no prospera.

Los otros puntos de disentimiento que el recurrente expresa dicen relación con lo expresado en el fallo respecto de la violación de los artículos 58 de la Constitución Nacional y 11 del Decreto 49 de 1932.

En cuanto a la violación de los ordenamientos precitados había dicho el actor que se estructuraba porque el Acuerdo demandado no invocó la ley que define la utilidad pública o el interés social previamente determinados por el legislador respecto de las obras por realizar y tampoco hizo mención a que en caso de enajenación forzada o expropiación se requeriría sentencia judicial e indemnización previa. Se aduce además que el artículo 11 del Decreto 49 de 1932 establece que en el texto del respectivo Acuerdo deberá indicarse de manera clara y precisa la disposición legal o constitucional que faculta al Concejo para dictarla.

Se dice también en la demanda que en este punto el Acuerdo 04 de 28 de agosto de 1991 es una reproducción del Acuerdo Nº 01 de 23 de febrero del mismo año, anulado por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cuyo artículo 1°, sí declara de utilidad pública e interés social el camino materia de controversia.

El Tribunal por su parte parece compartir las apreciaciones del demandante cuando considera que en el evento de una expropiación, tal como lo dispone el artículo 58 de la Constitución Nacional, los motivos de utilidad pública o de interés social deben estar previamente definidos por el legislador, y expresarse como fundamento del respectivo acuerdo, tal como lo exige al artículo 11 del Decreto 49 de 1932.

A su turno, en el recurso el apelante anota que la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la omisión del requisito del artículo 11 del Decreto 49 de 1932, no es causal de nulidad, pues no es sustancial, y de otra parte, que dicha norma que es la que sirve de fundamento a la nulidad decretada, se encuentra derogada por el Decreto 1333 de 1986.

Esta Sala empieza por observar una sustancial diferencia entre el Acuerdo 01 anulado por la jurisdicción y el 04 demandado en esta oportunidad, porque mientras aquel, en su artículo 1º sí declara "DE UTILIDAD PUBLICA O DE INTERES SOCIAL el tramo del camino que desde Los Chorros conduce a la quebrada Los Arboles.", éste, o sea, el impugnado ahora, en su parte resolutiva se limita a ordenar la ejecución de las obras para "la apertura de una vía de penetración en el área rural del Municipio que comunica la carretera que de Pijao conduce a Génova...", y a autorizar al Gobierno Municipal para establecer las especificaciones técnicas de los proyectos, adelantar los trámites necesarios para la adquisición de las fajas de terreno que deben utilizarse para la ejecución de las obras y efectuar en el presupuesto municipal los movimientos necesarios para arbitrar los recursos financieros para adelantar las negociaciones y obras correspondientes.

Quiere decir lo anterior que el acto impugnado no hace ninguna declaratoria de utilidad pública o de interés social, ni está decretando expropiación alguna. Por el contrario, de los términos en que está concebido se infiere que la adquisición de las fajas de terreno necesarias para la construcción de la obra debe llevarse a cabo mediante negociación voluntaria celebrada con sus propietarios. Así lo reconoció el mismo Tribunal en la providencia recurrida.

Si el Acuerdo demandado no implica la declaración de utilidad pública o de interés social, ni tampoco la expropiación, no ve la Sala el por qué tuviera que citar en su epígrafe la norma relativa a estas materias, menos cuando como lo advierte en términos apropiados al recurrente, según la jurisprudencia, la cita de la disposición legal o constitucional que faculta al Concejo para dictar el acto que establecía el artículo 11 del Decreto 49 de 1932, no es requisito sustancial y en consecuencia su omisión no implica la nulidad del Acuerdo.

Pero aun en el caso que se tratara de una expropiación por motivo de una utilidad pública o interés social, la omisión de la cita de la ley que la autorizara no acarrearía nulidad del acto.

Con todo, conviene recordar que la apertura o ampliación de calles y en general la ejecución de obras públicas, han sido definidas por la ley como motivos o asuntos

de utilidad pública y de interés social, en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1943 en concordancia con el artículo 44 del Decreto 1333 de 1986, y en el artículo 10, literal 1 de la Ley 9ª de 1989.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada y en su lugar, DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día **19** de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MONOPOLIO DE JUEGOS/ECOSALUD

No estima la Sala que el derecho de explotación que se fija en el artículo 6º del acto acusado pueda equipararse a una contribución fiscal o parafiscal o a una tarifa de impuesto. Por la naturaleza jurídica de Ecosalud S. A. (Empresa Industrial y Comercial del Estado) y por las funciones que desempeña, tal concepto viene a ser el resultado económico de la explotación del monopolio rentístico, proveniente de las personas naturales o jurídicas que efectúen rifas, sorteos y concursos de suerte y azar a cambio de la anuencia del titular de dicho monopolio, para ejercerlo a través de las citadas personas. Las nociones de contribución de impuesto son de carácter obligatorio e implican el poder absoluto del Estado sin que a la carga patriminial sea correlativa obligación alguna por parte de aquel; en cambio el derecho de explotación conlleva o una concesión por parte de la empresa para que quien lo paga ejerza en parte y en su nombre el monopolio que a ella corresponde. En otras palabras dicho derecho responde a una contraprestación que concede la Empresa.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santafé de Bogotá, D.C., veinte de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº 2185. AUTORIDADES NACIONALES. Actor : Jorge Santos Ballesteros.

Entra la Sala a decidir el proceso iniciado con la acción de nulidad instaurada contra las Resoluciones Nos. 094 del 8 de junio de 1992 y 0217 del 8 de septiembre del mismo año, expedidas por la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. -ECOSALUD S.A.-. Por medio de la primera, se fija el reglamento sobre rifas, sorteos, concursos de suerte y azar de carácter promocional y publicitario y se fijan

unos derechos. La segunda, resuelve un concurso de revocatoria directa interpuesto contra la primeramente mencionada.

LOS HECHOS DE LA DEMANDA, se resumen así:

1. El artículo 42 de la Ley 10 de 1990 declaró arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, distintos de las loterías y apuestas permanentes, en beneficio del sector salud. En el artículo 43 autorizó la creación de una sociedad de capital público para explotar ese monopolio.

2. Así se creó la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, Ecosalud S.A., entidad descentralizada constituida por la Nación, el Departamento de Risaralda, el Departamento del Atlántico, el Departamento de Caldas, el Departamento del Cauca, el Departamento de Santander y la Lotería de Bogotá. Su objeto se limita a la administración y explotación del monopolio rentístico a que se refiere el artículo 42 de la Ley 10 de 1990.

3. El 8 de junio de 1992, Ecosalud S.A., profirió la Resolución Nº 094 de 1992 "Por medio de la cual se fija el reglamento sobre sorteos, concursos de suerte y azar de carácter promocional y publicitario y se fijan unos derechos".

4. En esa resolución se someten a la aprobación de Ecosalud, los planes de premios con su justificación técnica y económica de cualquier modalidad de rifas, sorteos y concursos de suerte y azar de carácter promocional y publicitario, **realizados por cualquier** persona natural o jurídica, sin distinción alguna. En el artículo tercero, se dispone que "**Toda** rifa, sorteo o concurso de carácter promocional y publicitario, cuyo plan de premios en el término de un año supere veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, requiere aprobación por parte de Ecosalud S.A." (Subraya el actor). En el artículo quinto, se somete a las personas que lleven a cabo rifas, a trámites excesivos, contraviniendo lo preceptuado en el artículo 84 de la Constitución. A través del artículo sexto, se estableció un derecho de explotación en su favor y a cargo de todas las personas naturales y jurídicas que efectuen rifas, sorteos y concursos de azar, contraviniendo los artículos 20, 121 y 122 de la Constitución Política.

5. El Decreto 1472 de 1990, le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud, entre otras, las funciones de "Vigilar las beneficencias, las loterías, y demás entidades **cuyo objeto** sea la explotación de apuestas permanentes y juegos de suerte y azar..." (Subraya el actor). El literal F del artículo 4º del mismo decreto, al tratar de los entes sujetos a esa vigilancia, menciona a "**las encargadas** de explotar, de administrar, o de gestionar..." (Subraya el actor). De ello se deduce que las únicas personas que deben someterse a esas disposiciones, son aquellas cuyo objeto sea la realización de juegos de suerte y azar, mas no todas las que eventualmente celebren tales actividades.

6. Varias personas jurídicas solicitaron la revocatoria directa o la derogación de la resolución acusada, petición que fue denegada mediante la Resolución Nº 0217 del 8 de septiembre de 1992.

LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Las normas que el actor señala como violadas, son las siguientes:

Los artículos 2º, 6º, 16, 20, 58, 84, 121, 122, 150 numeral 8º y 338 de la Constitución Política; artículo 12 de la Ley 153 de 1887; artículos 27 del Decreto 1050 de 1968 y 4º del Decreto 130 de 1976; artículos 4º y 22 del Decreto 3130 de 1968 y artículo 1º, parágrafo de la Ley 19 de 1982.

Al explicar el concepto de la violación, el actor enfatiza las afirmaciones que ya había, en parte, expuesto en el capítulo de los hechos, en el sentido de que la función de Ecosalud, no puede ir mas allá de administrar y disfrutar el monopolio rentístico que tal norma creó, "aunque los términos administrar y explotar son lo suficientemente amplios como para creer, erróneamente, que dentro de ellos cabe incluir cualquier actividad relacionada con los juegos de suerte y azar". A este propósto, se pregunta si Ecosalud puede intervenir cuando, eventualmente, se realizan juegos de suerte y azar de carácter promocional y publicitario, para concluir que, en ningún caso es posible esa intervención cuando la actividad de las entidades es ajena "en su objeto", a la celebración de tales juegos.

Dice además el nulidiscente, que "en el caso de la Resolución 094 del 8 de junio de 1992, Ecosalud S.A., no tiene facultades para extender el ámbito de su control a entidades ajenas al sector de los juegos de suerte y azar y mucho menos tiene facultades para fijar derechos de explotación, como consta en los estatutos de la entidad. El hecho de tener por objeto la administración y explotación del monopolio rentístico implica que éste tiene que estar perfectamente determinado y organizado, pues mal puede administrarse y explotarse lo que aún no está establecido".

En cuanto al establecimiento de un derecho de explotación a su favor, por parte de Ecosalud, manifiesta el actor que "La norma general es que toda aquella carga pecuniaria que pretenda imponerse a los particulares por parte del Estado debe ser fijada mediante la Ley, Ordenanza o Acuerdo. En artículo 338 de la Carta Fundamental limita de manera exclusiva la creación e imposición de contribuciones fiscales y parafiscales a los actos anteriormente mencionados expedidos, como es obvio, por el Congreso, las Asambleas Departamentales o los Concejos Distritales o Municipales, organismos que a su vez tienen la tarea de fijar **directamente** los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, además de las tarifas de los impuestos.

Continuando su explicación, cita el caso de algunas personas naturales o jurídicas, con objeto ajeno a las actividades de juego y azar, que eventualmente y con el único fin de abrir nuevos mercados o mantener los ya abiertos, celebran algunos juegos de azar, lo cual constituye una actividad perfectamente lícita. Imponer limitaciones a estas actividades implica, según el actor, cercenar los derechos contenidos en la Constitución Política a favor de cualquier residente del país.

Afirma, por último que, en la medida en que la resolución impugnada impone excesivos trámites y requisitos para la celebración de rifas, sorteos o concursos de suerte y azar, se está violando el artículo 84 de la Constitución.

INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA

A través de apoderado judicial, la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A., contestó la demanda. Se hace en el libelo un pronunciamiento sobre cada uno de los hechos y sobre los fundamentos de derecho. Acepta algunos como ciertos y refuta otros señalando de paso las discordancias, omisiones y yerros en que aquella, a su parecer, incurre. Así, al hecho quinto en el que el actor hace relación del reglamento fijado por medio de la Resolución acusada, aclara el respondiente que "el reglamento en cita cobija también las rifas, modalidad no expresada por el impugnante". Al hecho décimo, señala que el actor parece confundir el ámbito de competencias del ente de control que es la Superintendencia Nacional de Salud y el ente titular del monopolio.

En cuanto a la violación de las normas, y en particular a la que atañe al artículo 6º de la Constitución Nacional, dice el apoderado de Ecosalud que "Más que al principio de la especialidad echado de menos por el actor, en esta norma está inserto el principio de legalidad y así, el cargo debe prosperar sólo en tanto y en cuanto en el infolio se demuestre omisión o extralimitación en el ejercicio... de la función pública".

Sobre la alegada violación del artículo 338 de la Constitución, responde manifestando que "el supuesto de hecho del acto de marras diverge en su naturaleza, alcance y contenido del precepto citado por el actor. Incontrastablemente, de contera, es claro que la Resolución atacada no comporta, ni por asomo, la fijación de tasas, contribuciones o impuestos, materias propias del imperium del Estado y que no guardan relación con la explotación de un monopolio, cuyo discurso constitucional aparece delineado en el artículo 336 del Estatuto Superior".

Otros pronunciamientos hace el señor apoderado de la empresa demandada a los cuales se hará referencia en lo pertinente dentro de las consideraciones previas a la decisión, debiéndose anotar, sin embargo, que como "consideraciones liminares", precisa el actor que "el arsenal normativo de ECOSALUD S.A. se desprende de la ley 10 de 1990, los Decretos Orgánicos de las entidades descentralizadas del Estado, sus estatutos debidamente aprobados..." y que "Para los efectos que interesen al proceso... el acto demandado y la Resolución 262 de septiembre 30 de 1992 fueron subrogadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda mediante Resolución 0356 de noviembre 17 de 1992, cuya copia hábil se anexa".

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Primera delegada ante esta Corporación, al aportar su concepto sobre el caso debatido expresa, entre otras consideraciones, que "no se entiende por que (sic) afirma el señor abogado demandante que a través de la Resolución

094 Ecosalud S.A. interviene en la actividad de las entidades cuyo objeto es ajeno a la celebración de juegos de suerte y azar cuando Ecosalud sólo está llamada a intervenir en lo que toca a la realización de cualquier modalidad de rifas, sorteos y concursos de suerte y azar, exclusivamente y no en las demás actividades que correspondan al desarrollo normal del objeto propio de la entidad".

Para el Ministerio Público, la resolución demandada se ajusta a la competencia asignada a Ecosalud por las normas pertinentes, en especial, los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Reglamentario 2433 de 1992; no sucede lo mismo en cuanto al artículo 338 de la Constitución Nacional que resulta agredido por el artículo 6º de dicho acto administrativo, por lo que a continuación se transcribe:

> "El denominado derecho de explotación que se fija allí bien puede ser entendido como una tarifa o tasa que se le cobra a determinadas personas naturales o jurídicas como contraprestación al servicio de vigilancia y aprobación de planes de juegos que les presta la empresa Ecosalud S.A.. Siendo ello así, como el artículo 338 de la Constitución es claro y perentorio en afirmar que las autoridades pueden fijar las tasas y contribuciones siempre y cuando mediante ley, ordenanza o acuerdo se haya concedido expresamente tal facultad a las autoridades es preciso atender el mandato legal al respecto".

CONSIDERA LA SALA

Estima la Sala oportuno que previamente a cualquier consideración tocante al fondo del asunto planteado, se debe hacer alusión, así sea somera, a la presentación formal de la demanda. El actor, como ya lo anotó una de las partes, no redactó un libelo con miras a exponer ante esta jurisdicción, en manera concisa, ordenada y clara la fundamentación jurídica de sus acusaciones y peticiones sino que se limitó a transcribir un memorial que había sido dirigido por algunas entidades al Presidente de Ecosalud en solicitud de la revocatoria directa o la derogación del acto demandado. Así pues, en un discurso de cuya lectura y análisis resulta tortuosa la labor de entresacar el concepto de violación que el accionante ha debido aportar de cada artículo que ha señalado previamente como agredido por el acto demandado, éste amalgama normas, conceptos y definiciones que dan una idea apenas genérica de lo que pretende argüir en defensa de sus pretensiones.

Igualmente, conviene aclarar que el acto principal demandado, la Resolución número 094 de 8 de junio de 1992, fue expresamente subrogada por la Resolución Nº 0356 del 17 de noviembre de 1992 expedida por el Presidente de Ecosalud, cuya fotocopia autenticada es visible a folios 62, 63 y 64 del expediente. No obstante esta Sala conocerá del acto cuestionado, en seguimiento de la reiterada jurisprudencia de la Corporación en cuanto a que en estos casos se debe producir un fallo de fondo sin que sea óbice para ello la aparente sustracción de materia, ya que el acto subrogado pudo haber producido efectos jurídicos durante el período de su vigencia.

Entrando por lo tanto en lo que constituye asunto del debate, se tiene que de la exposición transpuesta por el demandante, de la lectura de las normas pertinentes -artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990, 1º y 2º del Decreto Reglamentario 2433 de 1991- y de los demás documentos e intervenciones que aparecen en el expediente, compete a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud -Ecosalud S.A.-, como sociedad especial de capital público, la explotación monopólica, como arbitrio rentístico de la Nación, "en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes a las loterías y apuestas", así como fijar la política general de explotación de esos juegos, celebrar contratos con personas naturales o jurídicas para la explotación de modalidades de juego o apuestas de suerte y azar.

Por ende, el acto demandado, la Resolución número 094 del 8 de junio de 1992 "Por medio de la cual se fija el reglamento sobre rifas , sorteos, concursos de suerte y azar de carácter promocional y publicitario se fijan unos derechos", está desarrollando y haciendo efectivas unas actividades para las cuales se tiene plena competencia según las claras prescripciones de las normas ut supra mencionadas.

En efecto la Ley 10 de 1990, "Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones", en su artículo 42 declaró como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica en beneficio del sector salud de todas las modalidades de juego de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes; y, mediante su artículo 43, para efectos de la administración y explotación de dicho monopolio autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público que viene a ser la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud Ecosalud S.A..

Por su parte, el Decreto Nº 2433 del 29 de octubre de 1991, "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10 de 1990", establece:

> "Artículo 1º La Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., Ecosalud S.A., podrá realizar todas las operaciones comerciales que comporta la explotación económica del monopolio rentístico creado por virtud del artículo 42 de la Ley 10 de 1990, en forma directa o a través de terceros.
>
> "Artículo 2º Corresponde a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., Ecosalud S.A., en relación con la administración del monopolio rentístico constituido por la Ley 10 de 1990:
>
> "a) Fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar de que trata la Ley 10 de 1990;
>
> "b) Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas para que exploten alguna modalidad de juego o apuesta de suerte y azar u otorgar a las mismas permiso para su explotación;
>
> "c) Regular su operación".

Ahora, si la regulación del monopolio rentístico al que hemos venido haciendo referencia se la ha otorgado el Gobierno a Ecosalud y ésta la ejercita a través de la Resolución 094 de 1992, no puede afirmarse que se ha violado el artículo 84 de la Constitución Nacional, pues precisamente es la citada Resolución la que está regulando la materia.

El aspecto central del debate radica en que según el demandante las facultades de inspección, vigilancia y control de que habla la ley, sólo pueden recaer sobre las entidades que tengan como objeto o finalidad de su existencia jurídica, la realización de juegos de suerte y azar. Confundiendo la funciones de la Superintendencia Nacional de Salud (inspección ,vigilancia y control) con las de Ecosalud S.A. (administración y explotación del monopolio), dice el demandante que:

> "La Superintendencia Nacional de Salud tiene facultades de inspección, vigilancia y control sobre las personas **cuyo objeto** sea la realización de juegos de suerte y azar; de igual forma la presentación de los planes de premios para su aprobación se predica de los juegos que efectúen las personas anteriormente mencionadas, y no los que lleven a cabo, **eventualmente,** personas naturales o jurídicas cuyo objeto es completamente distinto de la realización de juegos de suerte y azar, según puede constatarse en los literales K), L) y N) del artículo 3º y F) del artículo 4º del Decreto 1472 de 1990".

Este criterio lo ratifica más adelante cuando, denunciando la violación de los artículos 2º, 16, 20 y 58 de la Constitución Política, manifiesta refiriéndose ya en concreto al acto demandado:

> "La Resolución 094 del 8 de junio de 1992 proferida por Ecosalud S.A., al someter a su campo de acción a personas cuyo objeto nada tiene que ver con la explotación de rifas, concursos y juegos de suerte y azar, limitando e imponiendo limitaciones a su actividad, está contrariando los principios consagrados en los artículos constitucionales mencionados en el encabezado del presente aparte".

La violación de las numerosas normas superiores señaladas por el actor, por parte del acto administrativo demandado se originaría, primigeniamente, en la disconformidad de éste con aquellas que le dan su fundamentación legal. Se impone, en consecuencia, establecer ese paralelo:

Los artículos 42 y 43 (inciso primero) de la Ley 10 de 1990, "Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones", rezan respectivamente:

> "ARTICULO 42. **Arbitrio rentístico de la Nación.** Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juego de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes".

"ARTICULO 43. **Sociedad especial de capital público.** Autorízace la constitución y organización de una sociedad de capital público, de la cual, serán socios la Nación, y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la presente ley".

Así pues, cotejando estas dos normas con la resolución sub judice, no se puede afirmar que exista discrepancia entre ellas y que, al someter a su campo de acción "a personas cuyo objeto nada tiene que ver con la explotación de rifas, concursos y juegos de suerte y azar", para usar las propias palabras del demandante, no se están contrariando los principios consagrados en los artículos constitucionales mencionados por el actor. El análisis resulta sencillo y el resultado es de meridiana claridad: el artículo 42 de la ley 10 de 1990 habla concretamente **"de todas las modalidades de juegos de suerte y azar"** (se subraya). Quiere decir esa expresión, que el arbitrio rentístico opera sobre el juego en sí, en sus diversas modalidades, no sobre la entidad que lo organiza o explota así sea eventualmente. Y de ello se deduce que cualesquiera sean los objetivos de una empresa o persona natural o jurídica o su razón social, la circunstancia de organizar y explotar alguna modalidad de juegos de suerte y azar de carácter promocional y publicitario, aun ocasionalmente, está sometida a las normas tantas veces citadas y en las cuales se apoya la resolución demandada. Se excluyen de esta declaración legal solamente "las loterías y apuestas permanentes existentes" (artículo 42, ibidem), referidas por la misma Ley 10 de 1990.

No se requieren por tanto otras consideraciones para concluir que en este sentido, la resolución 094 de 1992 está ajustada a derecho.

Por otra parte, manifiesta el actor que con la resolución que se enjuicia, se violan el artículo 338 de la Constitución Política, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 1º, parágrafo de la Ley 19 de 1982, al establecerse en ella un derecho de explotación a favor de Ecosalud S.A.. Hace referencia en esta oportunidad a lo estipulado en el artículo sexto de la resolución cuyo texto es del siguiente tenor:

"Fíjase un derecho de explotación en favor de Ecosalud S.A. y a cargo de las personas naturales o jurídicas que efectúan rifas, sorteos y concursos de suerte y azar de carácter promocional y publicitarios, equivalente al uno por ciento (1%) liquidado sobre el valor total del plan de premios respectivo. Este derecho deberá ser cancelado en forma previa a la difusión del evento, mediante consignación a favor de ECOSALUD S.A.".

Al respecto, se mencionó en este proveído el concepto del Ministerio Público según el cual el denominado derecho de explotación que se fija allí, bien puede ser entendido como una tarifa o tasa que se le cobra a determinadas personas naturales o jurídicas como contraprestación al servicio de vigilancia y aprobación de planes de juegos que les presta la empresa Ecosalud S.A.

No estima la Sala que el derecho de explotación que se fija en el artículo 6º del acto acusado pueda equipararse a una contribución fiscal o parafiscal o a una tarifa de impuesto. Por la naturaleza jurídica de Ecosalud S.A. (Empresa Industrial y Comercial del Estado) y por las funciones que desempeña, tal concepto viene a ser el resultado económico de la explotación del monopolio rentístico, proveniente de las personas naturales o jurídicas que efectúan rifas sorteos y concursos de suerte y azar a cambio de la anuencia del titular de dicho monopolio, para ejercerlo a través de las citadas personas.

Las nociones de contribución e impuesto son de carácter obligatorio e implican el poder absoluto del Estado sin que a la carga patrimonial sea correlativa obligación alguna por parte de aquel; en cambio el derecho de explotación conlleva una concesión por parte de la Empresa para que quien lo paga ejerza en parte y en su nombre el monopolio que a ella corresponde. En otras palabras dicho derecho responde a una contraprestación que concede la Empresa.

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, habiendo oído el concepto del Ministerio Público y estando de acuerdo en parte con él,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso, por cuanto no fue utilizado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprovada por la Sala en reunión celebrada el día **19** de agosto de 1993

Miguel González Rodríquez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS - Régimen aplicable/ ECOSALUD - Régimen aplicable

En cuanto al nacimiento de la sociedad que se forma entre entidades públicas no es aplicable el régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, pues aquél difiere sustancialmente en una y otras, por lo cual el artículo 1º de la Ley 33 de 1983 no le es aplicable a Ecosalud S.A., ya que si ésta nació en virtud del contrato social, su domicilio debe ser fijado en el acto de constitución de la sociedad, como efectivamente se hizo en el artículo 3º de sus estatutos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº 2349. Acción: Nulidad. Actor : Ernesto Villegas Duque

El ciudadano ERNESTO VILLEGAS DUQUE, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo 3º de los estatutos de la sociedad EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S.A. "ECOSALUD S.A.", aprobado por la asamblea extraordinaria de socios en sesión del 21 de noviembre de 1990, según Acta Nº 2 de la misma fecha, protocolizada en la Notaría 28 de Bogotá mediante escritura pública Nº 1408 de 7 de diciembre de 1990, y del artículo 1º del Decreto 271 del 25 de enero de 1991 "Por el cual se aprueban los estatutos de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, Ecosalud S.A., expedido por el Gobierno Nacional, en cuanto aprobó el artículo 3º de los citados estatutos.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Señala el actor como infringidos con los actos acusados los artículos 1º de la Ley 33 de 1983 y 6º de la Constitución Política de 1991.

Hace consistir el concepto de la violación así:

1. Ni la asamblea de socios de Ecosalud Ltda, hoy S.A., ni el Gobierno Nacional tenían facultad para determinar el domicilio de Ecosalud S.A., definida como del orden nacional en el artículo 2º de sus estatutos, pues ello corresponde única y exclusivamente al Congreso Nacional por disposición expresa del artículo 1º de la Ley 33 de 1983.

2. Al usurpar la competencia del Congreso se transgrede el artículo 6º de la Constitución Política.

II. ACTUACIÓN

Mediante proveído del 29 de abril del presente año se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

La Nación -Ministerio de Salud-, a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, aduciendo al efecto principalmente lo siguiente:

1. Con el Decreto 271 de 1991 el Gobierno Nacional no adoptó ni expidió los estatutos básicos de la sociedad Ecosalud S.A. Tan sólo aprobó el acto del órgano societario competente para la expedición de los mismos.

En virtud del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, la expedición de los estatutos de la sociedad que se constituyera para el ejercicio del monopolio de juegos de suerte y azar debía organizarse como sociedad entre entidades públicas del orden nacional.

2. Definidas por la ley las características básicas de la sociedad cuya constitución autorizaba y la forma de utilización y distribución del producto resultante de la gestión, correspondía a los socios al constituir la sociedad, definir las reglas de funcionamiento de la misma y establecer obviamente su domicilio.

El Decreto Ley 130 de 1976, invocado en diferentes pasajes de los estatutos entre las normas reguladoras de la sociedad, prevé, por vía general, la figura de las sociedades entre entidades públicas, y enuncia el régimen de organización y funcionamiento de las mismas.

Todas estas normas constituyen el marco o estatuto básico de las sociedades y a partir de ellas los socios y los órganos propios de la sociedad deben establecer los estatutos sociales y en ellos el domicilio donde funcione la sociedad constituida para tal efecto.

La sociedad "EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S.A. "ECOSALUD S.A.", al contestar la demanda a través de apoderado, manifestó:

1. Ecosalud S.A. no es una sociedad de economía mixta, ni una empresa industrial y comercial del Estado (a lo sumo se sujeta a sus normas por expresa disposición del Decreto 130 de 1976), ni encuadra en las categorías abstractas de "organismo o entidad descentralizada del orden nacional".

2. Siendo así, debe acudirse a lo dispuesto por el legislador en la Ley 10 de 1990 (artículo 43), que autorizó la constitución de la sociedad como una sociedad entre entidades públicas.

3. Es claro que Ecosalud S.A. encuadra en las categorías propias de las entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado y así, la primacía del acuerdo de voluntades reconocido y definido por la doctrina sobre estas formas organizacionales, otorga la capacidad necesaria y suficiente para que los estatutos dispongan lo relacionado con la materia sujeta a controversia y con todo lo demás que el organismo societario tuviere a bien disponer.

III. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada en lo contencioso administrativo ante esta Corporación estima que los cargos de violación de los artículos 1º de la Ley 33 de 1983 y 6º de la Constitución Política no están llamados a prosperar, ya que la naturaleza de Ecosalud no encuadra dentro de las empresas industriales que el Congreso calificó en la Ley 33 de 1983, y en cuanto al artículo 6º de la Carta, no podía ser transgredido directamente por los actos acusados pues dicha norma no existía al momento de su expedición, aun cuando para dicho momento se encontraba vigente el artículo 20 de la Constitución de 1886, pero al no proponer el demandante confrontación alguna con el citado artículo 20, releva al juzgador de pronunciamiento al respecto.

Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la causal de anulabilidad del Decreto 271 de 1991, por las razones expresadas en el concepto de 26 de mayo último rendido dentro del expediente 2162, actora Olga Lucía Botero, consejero ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, en cuanto a que lo consagrado en los 10 capítulos que componen el referido decreto constituyen el estatuto básico de Ecosalud S.A., y al tenor de lo dispuesto en el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886, era función del Congreso de la República expedir los estatutos básicos, entre otros, de las empresas industriales y comerciales del Estado, y conforme al artículo 2º de los estatutos Ecosalud se encuentra sometida al régimen previsto para aquéllas.

IV. LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El artículo 3º de los estatutos de Ecosalud S.A. prescribe:

"**Domicilio.** La sociedad tendrá su domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.E., pero podrá establecer por disposición de su consejo directivo, sucursales, agencias o unidades seccionales en cualquier lugar del territorio colombiano o en el exterior".

El artículo 1º del Decreto 271 de 25 de enero de 1991 preceptúa:

"Apruébanse los estatutos de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, Ecosalud S.A., los cuales fueron discutidos y aprobados en la reunión extraordinaria de la asamblea de socios el día 21 de noviembre de 1990, según consta en el Acta número 2 de la misma fecha...".

Según el actor las normas transcritas que constituyen los actos acusados, quebrantan el artículo 1º de la Ley 33 de 1983, el cual prevé:

"Corresponde al Congreso Nacional señalar el domicilio legal y la sede de la organización administrativa central de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado y de los organismos o entidades descentralizadas de carácter nacional".

La controversia gira en torno a la naturaleza de Ecosalud S. A.

Según el artículo 43 de la Ley 10 de 1990:

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

Para la Sala resulta evidente que no obstante tratarse Ecosalud S.A. de una sociedad entre entidades públicas sujeta al régimen de las empresas industriales o comerciales del Estado, según reza el artículo 2º de sus estatutos, lo cual armoniza con la disposición contenida en el artículo 4º del Decreto 130 de 1976, no por ello puede afirmarse que se trata de una empresa industrial y comercial del Estado y que

por lo mismo su domicilio debió fijarse por el Congreso de la República, pues ésta no se constituye en virtud de un contrato social sino directamente por la ley.

De tal manera que cuando el artículo 43 transcrito autoriza la CONSTITUCIÓN y ORGANIZACIÓN de una sociedad especial de capital público, necesariamente está haciendo referencia al acto de constitución que perfecciona el contrato social, en el cual por mandato expreso del artículo 110 del C. de Co., que regula la constitución de sociedades comerciales y que es desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, debe señalarse, además de otros aspectos, el domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en dicho acto de constitución.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que en cuanto al nacimiento de la sociedad que se forma entre entidades públicas no es aplicable el régimen previsto para las empresas industriales o comerciales del Estado, pues aquél difiere sustancialmente en unas y otras, por lo cual el artículo 1º de la Ley 33 de 1983 no le es aplicable a Ecosalud S.A., ya que si ésta nació en virtud del contrato social, su domicilio debe ser fijado en el acto de constitución de la sociedad, como efectivamente se hizo en el artículo 3º de sus estatutos.

En consecuencia, habrán de denegarse las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1º **DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

2º Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para los gastos del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 26 de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, *Libardo Rodríguez Rodríguez , Yesid Rojas Serrano.*

RESIDENCIAS FEMENINAS/ESTABLECIMIENTO PUBLICO

El Gobierno Nacional carece de facultades para sustraer a la Nación del cumplimiento del deber social que había asumido con el establecimiento públicos "Residencias Femeninas", so pretexto de que corresponde a los municipios, ya que es menester de una regulación del Congreso de la República, a través de una ley orgánica, que así lo determine, de tal manera que mientras no se expida ésta le asiste al Estado dicha responsabilidad social.
DECRETA LA NULIDAD del Decreto 2131 de 29 de diciembre de 1992, "por el cual se suprime el establecimiento público "Residencias Femeninas", expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº 2269. Acción: Nulidad. Actor: Arnulfo Sánchez.

El ciudadano y abogado ARNULFO SANCHEZ, obrando en su propio nombre, ha ocurrido ante esta Corporación en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., para que mediante sentencia se decrete la nulidad del Decreto 2131 de 29 de diciembre de 1992 "por el cual se suprime el establecimiento público "residencias femeninas", expedido por el Gobierno Nacional.

I. CAUSA PETENDI

Como fundamento de su pretensión el demandante aduce los siguientes cargos de violación, que pueden resumirse así:

Primer cargo. El decreto demandado contradice el Preámbulo de la Constitución de 1991 y desconoce y suprime un derecho social (artículo 1º ibídem), ya que su contenido no es conciliable con el concepto de Estado Social de Derecho, que tiene como característica esencial la existencia de principios constitucionales y valores o derechos fundamentales que representan el catálogo a partir del cual se deriva el sentido y finalidad de las normas del ordenamiento jurídico.

El acto acusado viola de manera flagrante derechos fundamentales como: a la educación (artículo 67); al trabajo (artículo 25); a la vida (artículo 11); a la dignidad humana (artículo 1º), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) y a la seguridad social (artículo 48), entre otros.

a) En cuanto al derecho a la educación:

Se infringe por el acto acusado el artículo 67 de la Constitución Política por cuanto la educación es un servicio público que cumple una función social, cuyos fines son: el servicio a la comunidad, la búsqueda del bienestar general y la elevación de la calidad de vida de los ciudadanos, el cual frente a las residentes usufructuarias del ente que se ordena suprimir y liquidar se ha conculcado.

b) En cuanto al derecho al trabajo:

Con el Decreto acusado se vulnera el artículo 25 de la Carta Política ya que lejos de brindar al trabajo especial protección estatal, se desconoce el derecho a permanecer en él, pues con la supresión se deja desprotegida a la persona hacia el futuro con la incertidumbre de si podrá obtener una nueva ocupación, con el agravante de haber traspasado las llamadas edades límites o topes como fuerza laboral.

c) En cuanto al derecho a la seguridad social:

Si bien es cierto este derecho no está expresamente consagrado en la Constitución Política como fundamental, adquiere importancia en la medida en que pone en peligro otros derechos fundamentales, tales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad.

Con la expedición del citado decreto el Estado no puede brindarle a los empleados del ente suprimido este derecho que vá aparejado con el derecho al trabajo.

d) En cuanto a la igualdad ante la ley:

Este derecho prohíbe dar un tratamiento distinto a las personas que se encuentren en un mismo supuesto de hecho, e involucra el principio de igualdad en la aplicación de la ley que obliga a la aplicación de normas de modo igual a quienes se encuentren en la misma situación que ella contempla, buscando garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta.

Con el acto acusado se transgrede o no se realiza este principio consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto establece una discriminación arbitraria y desconoce a los más débiles el derecho fundamental que la Carta les confiere de ser especialmente protegidos, ya que el objeto del establecimiento público que por aquél desaparece es brindar o proporcionar a estudiantes y empleados pobres y de buena conducta, que no tengan hogar en Bogotá, el servicio de alojamiento en un ambiente agradable y sano que contribuya a su mejor educación y estimule su formación moral, física e intelectual (artículo 4º del Decreto 562 de 1989).

Con la expedición del decreto acusado se obstaculiza aún más a las residentes que carecen de recursos económicos la posibilidad de acceso a la educación y el libre desarrollo de la personalidad.

También se vulnera el principio de la igualdad al consagrar las indemnizaciones especiales para un grupo determinado de empleados, despojando de los beneficios a otros funcionarios que están amparados por fuero especial, al encontrarse en la carrera administrativa.

En el artículo 13 del citado decreto se observa el más claro y genuino rompimiento del principio de igualdad, cuando se establecen indemnizaciones por montos inferiores para empleados denominados en período de prueba, no importando que lleven el mismo tiempo que los empleados escalafonados. Lo mismo se predica respecto de los empleados públicos con nombramiento provisional.

Como consecuencia de lo anterior, se presentan las siguientes violaciones:

1. Del artículo 2º de la Carta, que señala, entre los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la misma.

2. De los artículos 5º y 42 ibidem, que consagran a la familia como institución básica y núcleo fundamental de la sociedad.

3. De los artículos 93, 94, 123, 188 y 333 ibidem, que imponen a los poderes públicos que los derechos y deberes consagrados en la Carta se deben interpretar siempre salvaguardando los derechos humanos, de conformidad inclusive con los Tratados Internacionales; que los servidores públicos deben estar al servicio del Estado y de la comunidad; y que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común.

Segundo cargo. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO TRANSITORIO 20. La aplicación del artículo transitorio 20 no es absoluta y menos aún puede desconocer los derechos fundamentales.

La supresión y por ende la liquidación del establecimiento público denominado "Residencias Femeninas" no era procedente pues ningún aspecto del mencionado

ente se opone a las disposiciones constitucionales y legales, por las siguientes razones:

1. Este establecimiento público cumple una obra social tan importante que de su beneficio dan testimonio 350 jóvenes que lo reciben y sus respectivas familias que desde distintos sitios del país ven resuelto el difícil y costoso problema de alojamiento para que sus hijas puedan iniciar y terminar sus estudios para ayudar a la subsistencia de sus padres.

Cada joven paga entre $ 10.000.oo a $ 17.000.oo pesos mensuales.

2. Para el desarrollo de su objeto social el establecimiento cuenta con una pequeña planta de personal de tan solo 33 funcionarios, de los cuales, 24 ganan el salario mínimo y los restantes oscilan entre $ 68.000.oo a $ 232.000.oo, sueldo éste último que se paga a la Directora General.

3. Desde el punto de vista presupuestal, los aportes de la Nación asignados para 1992 fueron de $ 43.000.000.oo y para 1993 ascienden a $ 90.000.000.oo, lo que comparado con el presupuesto nacional de $ 11.378.606.530.987.oo, es una suma ínfima y sin ningún efecto real, si lo que buscaba el Gobierno Nacional era obtener un ahorro para la presunta inversión social a costa de un organismo que cumple tan altruista función.

Los integrantes de la Comisión del Consejo de Estado expresaron que no existe ninguna discordancia entre la Constitución y el régimen jurídico de las Residencias Femeninas que haga necesaria su supresión y que, en consecuencia, si se suprimen con base en el artículo transitorio 20, se le infringiría por indebida aplicación.

No obstante lo anterior se expidió el acto acusado a costa de sacrificar los derechos fundamentales analizados y con ello contribuir a la desigualdad social.

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, fijación en lista y alegaciones.

Se tuvo como parte demandada a la Nación - Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Trabajo y Seguridad Social y Educación Nacional y al Departamento Administrativo del Servicio Civil.

II.1. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Ministerio de Educación Nacional, a través de apoderado, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de la pretensión aduciendo, en esencia, lo siguiente:

1. El Decreto acusado fué dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

2. La política de descentralización territorial es uno de los más significativos y fructíferos mandatos de la nueva Constitución, que por materializarse en una nueva distribución de las competencias entre los órganos de la administración pública de los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital y los que habrán de sobrevenir en desarrollo de las nuevas modalidades de descentralización territorial, incide directamente en las formas tradiciones de organización del Estado.

3. El establecimiento público "Residencias Femeninas", cuya supresión se dispuso, venía atendiendo a la prestación de servicios de naturaleza eminentemente local.

La provisión de vivienda a estudiantes y empleados de escasos recursos, a precios subsidiados y, con ello, la creación de facilidades para el ejercicio de otro muchos derechos de contenido social, son responsabilidades del Estado. Sin embargo, para la concreta prestación de dichos servicios y la satisfacción de los derechos sociales de los administrados, ha de tenerse en cuenta la forma como la Constitución ha distribuido las competencias y los recursos para determinar cuál es el nivel territorial del Estado que directamente ha asumido la responsabilidad. Esto explica por qué las entidades nacionales ya no se ocupan (o no deben hacerlo) de prestar servicios públicos eminentemente locales o domiciliarios.

II. 2. **ETAPA DE ALEGACIONES.**

Al alegar de conclusión el actor ratificó los planteamientos expuestos en la demanda.

La parte demandada, la Nación -Ministerio de Educación Nacional-, además de ello expresó que el libelo adolece de ineptitud, porque: el actor no pretende la anulación de disposiciones determinadas sino "la nulidad en todas sus partes" del Decreto 2131 de 1992 y busca atacar el acto en su conjunto con cargos genéricos de inconstitucionalidad que no logran concretar una violación esencial o radical de la ley fundamental; la mayoría de los cargos se enderezan contra materias específicas (supresión del establecimiento, monto pírrico de las indemnizaciones, derecho a la estabilidad laboral, etc.), sin precisar nunca las disposiciones del Decreto objeto de cada glosa; la demanda más bien parece concebida para ejercer una acción de tutela; y los cargos relativos a la lesión de derechos particulares no son procedentes en este tipo de controversias.

III. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación se muestra partidaria que se acceda a las súplicas de la demanda por cuanto la facultad del Gobierno Nacional frente al artículo transitorio 20 era reglada y no discrecional y debió éste sujetarse tanto al plazo como a las recomenda-

ciones de los expertos y a la finalidad expresa que fijó el constituyente para el ejercicio de su mandato. Basta considerar el objetivo determinado en dicha norma para llegar a la conclusión de que el decreto acusado fué dictado a espaldas del fin propuesto.

Además, las funciones de interés social que han venido cumplimiento las Residencias Femeninas no fueron asignadas a ninguna otra institución, por lo cual se infringe el citado artículo transitorio.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sea lo primero advertir que por haber sido planteada la excepción de ineptitud de la demanda por el apoderado de la parte demandada extemporáneamente, esto es, en la etapa de alegaciones y no en la contestación de la demanda, como lo exige el artículo 144 numeral 3º del C.C.A., la Sala se abstiene de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

Como el Decreto acusado fué expedido con base en las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política resulta pertinente precisar el alcance del mismo. Al efecto cabe tener en cuenta que dicho precepto facultó al Gobierno para que en el término de 18 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la nueva Carta: el 7 de julio de 1991, suprimiera, fusionara o restructurara las entidades de la rama ejecutiva, los establecimiento públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con una finalidad: la de ponerlas en consonancia con los mandatos contenidos en la nueva regulación constitucional, y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

En el caso sub judice aparece claro que el Gobierno Nacional en el acto demandado ejercitó la facultad de suprimir, pues adoptó tal decisión respecto del establecimiento público "Residencias Femeninas", adscrito al Ministerio de Educación Nacional. Sin embargo se hace necesario dilucidar si la supresión de la mencionada entidad descentralizada del orden nacional se hizo acorde con la finalidad prevista en el citado precepto transitorio.

En orden a ello, se considera:

Según el artículo 4º del Acuerdo Nº 000027 de 3 de agosto de 1988, emanado de la Junta Directiva de "Residencias Femeninas" y contentivo de los estatutos de dicha entidad, aprobado por el Gobierno Nacional a través del Decreto Nº 562 de 16 de marzo de 1989, "Residencias Femeninas" es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, que tiene por objeto "proporcionar a estudiantes y empleadas pobres y de buena conducta, que no tengan hogar en Bogotá, servicio de alojamiento en un ambiente agradable y sano que contribuya a su mejor educación y estimule su formación moral, física e intelectual".

El objeto del mencionado establecimiento público guardaba conformidad con el Preámbulo de la Constitución Política de 1886, en cuanto aseguraba el bien de la justicia, y con el artículo 16 ibidem, desarrollo de aquél, en cuanto implicaba el cumplimiento de un deber social del Estado.

En lo concerniente a la nueva Constitución Política está en consonancia con su Preámbulo, ya que propende por garantizar un orden social justo, al mismo tiempo que permite darle validez a los principios fundamentales consagrados en élla en sus artículos 1º y, 2º, de que Colombia es un Estado Social de Derecho cuyas autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, y salvaguarda los derechos a una vivienda digna y a la educación, reconocidos en los artículos 51 y 67 de la misma.

Los derechos antes anotados son protegidos con "Residencias Femeninas", dado que al proporcionar vivienda en un ambiente sano y agradable a estudiantes y empleadas pobres se procura por parte del Estado el cumplimiento de uno de sus fines esenciales, a la vez que hace una realidad las formulaciones teóricas consagradas en el Título II, Capítulo 2 de la norma de normas.

Para justificar la supresión del referido establecimiento público aduce el señor apoderado de la Nación -Ministerio de Educación Nacional- que élla obedeció a la redistribución de recursos y competencias que postula la nueva Constitución, pues ésta ha asignado la prestación de servicios de naturaleza eminentemente local, como el que presta "Residencias Femeninas", a las entidades territoriales, conforme a las previsiones de sus artículos 1º, 209, 287 y 311, por lo cual no le corresponde asumirlos a la Nación.

Sobre el particular, la Sala advierte lo siguiente:

La nueva Carta Política para hacer una realidad el postulado que preconiza su artículo 1º de que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales estatuyó en sus artículos 150 numeral 4º, 151 y 288 que el Congreso de la República a través de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial establecerá " la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales". Igualmente en su artículo 365 dispuso que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, quien tiene el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, y estarán sometidos "al régimen jurídico que fije la ley".

Al tener el carácter de ley orgánica, la del ordenamiento territorial, está sujeta su aprobación a un régimen jurídico especial en el citado artículo 151, que es el de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, el cual difiere del de las leyes ordinarias.

Si bien es cierto que en el artículo transitorio 38 se facultó al Gobierno para que en el término de 6 meses organizara e integrara una Comisión de Ordenamiento Territo-

rial, encargada de realizar los estudios y formular ante las autoridades competentes las recomendaciones para acomodar la división territorial del país a la nueva Carta, que dicha Comisión debía cumplir sus funciones durante un período de 3 años y que la ley podía darle carácter permanente, así como fijar la periodicidad de sus propuestas, también lo es que no se facultó al Gobierno para expedir normatividad alguna en materia de ordenamiento territorial, salvo la prevista en el artículo transitorio 39 para que en el término de 3 meses expidiera Decretos con fuerza de ley para asegurar la debida organización y funcionamiento de los nuevos Departamentos -las antiguas Intendencias y Comisarías- que erigió la Carta.

De la regulación constitucional precedente emerge con claridad que el Gobierno Nacional carece de facultades para sustraer a la Nación del cumplimiento del deber social que había asumido con el establecimiento público "Residencias Femeninas", so pretexto de que corresponde a los municipios, ya que es menester de una regulación del Congreso de la República, a través de una ley orgánica, que así lo determine, de tal manera que mientras no se expida ésta le asiste al Estado dicha responsabilidad social. No resulta por lo tanto válida la invocación que de los artículos 1º, 209, 287 y 311 de la Carta hace el señor apoderado de la demandada.

Lo anterior pone en evidencia que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto acusado transgredió el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, pues desatendió la finalidad en ésta estatuída. Cabe observar que los señores Consejeros de Estado doctores Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo y Diego Younes Moreno, miembros de la Comisión Asesora, consignaron al efecto, a título de evaluación, lo siguiente:

> "...No existe ninguna discordancia entre la Constitución y el régimen jurídico de las Residencias Femeninas que, de conformidad con el Artículo 20 Transitorio de la misma Carta, haga necesario suprimirlas. En consecuencia, si se suprimen, con base en esta disposición, se la infringirá, por indebida aplicación.
>
> ...Además, de aprobarse el proyecto, el correspondiente decreto también sería contrario al artículo 1º de la Constitución, porque suprimiría un derecho social, en oposición al principio, prescrito por la mencionada disposición, que instituye el estado social de derecho..." (folio 67 cuaderno anexo Nº 1).

Si bien el concepto transcrito no era obligatorio para el Gobierno, sin embargo la Sala considera que está acorde con las razones anteriormente anotadas.

Debe, en consecuencia, la Sala acceder a la súplica del libelo demandatario.

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

FALLA:

Declárase la nulidad del Decreto 2131 de 29 de diciembre de 1992 "por el cual se suprime el establecimiento público "Residencias Femeninas", expedido por el Gobierno Nacional.

Devuélvase al actor la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano.*

FIS - Integración/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES -Temporalidad

En virtud del artículo transitorio 20 la Asamblea Nacional Constituyente le confirió facultades al Gobierno Nacional por el término de 18 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, para restructurar, fusionar o suprimir las entidades allí relacionadas con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Carta Política y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece. En consecuencia, dicho plazo vencía el 7 de enero de 1993. Al confrontar la preceptiva del artículo transitorio 20 con el artículo transcrito y acusado, la Sala advierte sin mucho esfuerzo que deben suspenderse provisionalmente, por infringir en forma manifiesta a aquél, por cuanto exceden el plazo allí consagrado.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la siguientes expresiones contenidas en el artículo 9º del Decreto acusado, así: "...durante el año de 1993, ..." "...durante 1993..." "...Durante 1993..." en el numeral 2. "..a más tardar el 30 de junio de 1994...", en el numeral 3. "...Durante el año de 1993...", en el numeral 4. "...Durante el año de 1993...", en el numeral 7.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Mu*ñoz

Referencia: Expediente N° 2537. Acción: Nulidad. Actor: Maricel Cruz Moreno. La ciudadana MARICEL CRUZ MORENO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha

presentado demanda tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, del artículo 9º del Decreto 2132 de 29 de diciembre de 1992 "por **el cual se restructuran y fusionan entidades y dependencias de la administración nacional**", expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

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 ordenará en la parte resolutiva de este proveído.

II. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1. Presentada dentro del texto del libelo demandatorio, aparece sustentada, en esencia, así:

El artículo 9º del Decreto 2132 de 1992 viola el artículo transitorio 20 de la Carta, por extralimitación de funciones por parte del Gobierno Nacional, falta de competencia, en cuanto habiéndosele señalado el límite perentorio temporal dentro del cual podía válidamente fusionar-restructurar las entidades: 18 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la actual Constitución Política, desde julio 7 de 1991 hasta enero 7 de 1993, por la norma transitoria 20 de la Carta, se tiene que el artículo 9º del decreto acusado pretende prorrogar dicho perentorio término más allá del día 7 de enero de 1993, fecha en que pereció el plazo que tenía el Gobierno Nacional para efectuar la fusión-restructuración.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, reitera la Sala, como lo ha hecho en otros pronunciamientos, su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20, como el Decreto 2132 de 1992 acusado, en virtud de la cláusula residual de competencia consagrada en el ordinal 2º del artículo 237 de la Constitución Política.

En cuanto concierne al análisis de la solicitud, cabe tener en cuenta que el artículo 9º del decreto demandado es del siguiente tenor:

> "ARTÍCULO 9º. **Proceso de la Fusión.** La fusión del Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación Nacional para conformar el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social - FIS se adelantará conforme a las siguientes reglas:
>
> 1. El Gobierno Nacional procederá a integrar la junta directiva del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social y a designar el Director General del mismo en sustitución del Director General del Fondo Nacional Hospitalario.

2. Durante el año de 1993, las funciones que legalmente estaban atribuídas al Fondo Nacional Hospitalario continuarán siendo desarrolladas por el Ministerio de Salud. Para estos efectos, y previas las disposiciones a que haya lugar, se incorporarán a la planta del Ministerio de Salud, los funcionarios del Fondo Nacional Hospitalario que sean indispensables para el cumplimiento de tales funciones, los cuales conformarán sin solución de continuidad un grupo especial dentro de la estructura del Ministerio de Salud en la dependencia que determine el Ministro de Salud. La Junta Directiva del FIS conservará el número de funcionarios de la planta de personal del Fondo Nacional Hospitalario que considere necesario para los fines de la organización y funcionamiento de la entidad durante 1993 y suprimirá los cargos que no sean necesarios para el funcionamiento de la entidad durante 1993.

3. El Ministerio de Salud modificará su planta de personal para reducir el número de los funcionarios del Grupo Especial de que trata el numeral precedente, a los indispensables para los fines de lo previsto en los numerales 5 y 6, de conformidad con un programa que concluirá, a más tardar, el 30 de junio de 1994.

4. Durante el año de 1993, las funciones legalmente atribuídas al Fondo del Ministerio de Educación Nacional continuarán siendo desarrolladas por el Ministerio de Educación Nacional.

5. El Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación Nacional continuarán desarrollando todas las actividades indispensables para el cumplimiento de los contratos celebrados hasta la fecha de vigencia de este Decreto por el Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación, respectivamente, hasta su terminación definitiva. Para estos efectos se entiende que los Ministerios de Salud y Educación sustituyen en todos los derechos y obligaciones contractuales al Fondo Nacional Hospitalario y al Fondo del Ministerio de Educación respectivamente. Los ministerios ejecutarán los recursos mediante contratos de administración fiduciaria.

6. Para los efectos del cumplimiento y ejecución de los contratos de empréstito externo celebrados por el Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación o para el desarrollo de programas y proyectos de tales entidades, mientras se suscriban con las entidades acreedoras los documentos de modificación pertinentes, se mantendrán las unidades ejecutoras con las mismas características que se hayan previsto en tales contratos en los respectivos ministerios.

7. Durante el año de 1993, la Junta Directiva del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social - FIS, adoptará los estatutos, la estructura interna y la

planta de personal de la entidad. La planta de personal que se adopte entrará regir para todos los efectos legales y fiscales a partir de su publicación.

8. Los bienes de cualquier naturaleza que no sean necesarios para la organización y funcionamiento del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social - FIS, según decisión de la Junta Directiva, se transferirán gratuitamente a la Nación - Ministerio de Salud o a la Nación - Ministerio de Educación, según sea el caso.

9. El Gobierno Nacional realizará las operaciones presupuestales necesarias para la financiación y puesta en marcha de las acciones establecidas en este decreto".

La única censura que plantea la demandante en contra del referido artículo es que en él se prorroga el plazo de 18 meses que le confirió al Gobierno Nacional el artículo transitorio 20.

En orden a decidir, la Sala observa, que en virtud del artículo transitorio 20 la Asamblea Nacional Constituyente le confirió facultades al Gobierno Nacional por el término de 18 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, para restructurar, fusionar o suprimir las entidades allí relacionadas, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Carta Política y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece. En consecuencia, dicho plazo vencía el 7 de enero de 1993.

Al confrontar la preceptiva del artículo transitorio 20 con el artículo transcrito y acusado, la Sala advierte sin mucho esfuerzo que deben suspenderse provisionalmente, por infringir en forma manifiesta a aquél, por cuanto exceden el plazo allí consagrado, las siguientes expresiones contenidas así:

"...Durante el año de 1993,..." ... durante 1993..."...durante 1993...", en el numeral 2.

"...a más tardar, el 30 de junio de 1994...", en el numeral 3.

"...Durante el año de 1993, ...", en el numeral 4.

"...Durante el año de 1993,...", en el numeral 7.

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

RESUELVE:

I. Admítese la demanda presentada por la ciudadana MARICEL CRUZ MORENO contra el Decreto 2132 de 29 de diciembre de 1992. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b) Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Gobierno, de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura, de Trabajo y Seguridad Social, de Desarrollo Económico, de Educación Nacional, de Obras Públicas y Transporte, y al señor Director del Departamento Nacional de Planeación y al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

c) Fíjese el proceso 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 a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República 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 indicado constituyen falta disciplinaria.

e) De conformidad con lo ordenado en el numeral 4º del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, deposite la demandante la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.oo) moneda corriente dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la secretaría.

II. Tiénese como demandante a la ciudadana MARICEL CRUZ MORENO y como demandadas a la Nación - Ministerios de Gobierno, de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura, de Trabajo y Seguridad Social, de Salud, de Desarrollo Económico, de Educación Nacional, de Obras Públicas y Transporte, Departamento Nacional de Planeación y Departamento Administrativo de la Función Pública.

III. Decrétase la suspensión provisional de las siguientes expresiones contenidas en el artículo 9º del decreto acusado así:

"...Durante el año de 1993,..." ... durante 1993..." ...durante 1993...", en el numeral 2.

"...a más tardar, el 30 de junio de 1994...", en el numeral 3.

"...Durante el año de 1993...", en el numeral 4.

"...Durante el año de 1993,...", en el numeral 7.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez.* Con Salvamento de Voto: *Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: El Salvamento del Voto del Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ es el mismo de ocasiones anteriores, ya publicado.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN RELACION CON LA PROVIDENCIA DE FECHA 27 DE AGOSTO DE 1993

Referencia Expediente Nº 2537. Actor: MARICEL CRUZ MORENO. Ponente: Doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, el suscrito Consejero se permite explicar las razones por las cuales votó negativamente la providencia mediante la cual se suspendieron provisionalmente algunas expresiones contenidas en el artículo 9º del decreto demandado, así:

Si bien las atribuciones otorgadas al Gobierno Nacional por el artículo transitorio 20 de la Carta Política eran excepcionales desde el punto de vista temporal (18 meses), de la finalidad que con ellas se pretendía alcanzar (poner a las entidades de la rama ejecutiva "en consonacia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece"), y del objeto (supresión, fusión o restructuración de dichas entidades), tales atribuciones, por el mismo hecho de ser excepcionales, deben entenderse referidas exclusivamente a aquellas materias que la misma Constitución asigna de manera permanente al legislador ordinario, como en el caso del art. 150, numeral 7, o coloca en manos del Presidente de la República, pero con sujeción a los mandatos de una ley especial prevista en la nueva Constitución y que aún no ha sido expedida, como en los casos del art. 189, numerales 15 y 16, pero en ningún momento a aspectos frente a los cuales la Constitución o la ley radican la competencia en las diferentes autoridades administrativas. Es decir, que dentro del término de los 18 meses establecido en el artículo Transitorio 20 de la Carta Política, el Gobierno Nacional sólo debía dictar las normas que, para los efectos allí consagrados, requerían de una disposición asimilable por su contenido al de la ley, pues es claro que para regular otros aspectos que no requieren de la expedición de normas de tal jerarquía, no se hubiese requerido de la atribución de facultades excepcionales.

Concordante con lo anterior, considero que si bien la Constitución y la ley han asignado competencia para determinadas materias a las autoridades administrativas del país, el Gobierno Nacional, dentro del término de los mencionados dieciocho meses, válidamente podía, como "legislador extraordinario" que lo fué, establecer un plazo perentorio para que dichas autoridades expidiesen las normas que permitiesen dar vida y poner en marcha el proceso de restructuración dispuesto por el artículo Transitorio 20 de la Carta Política, independientemente de que las mismas facultades las conserve con carácter permanente la respectiva autoridad para su ejercico por fuera del proceso de restructuración emanada del artículo Transitorio 20 de la Carta.

Como consecuencia de lo expuesto, el suscrito Consejero reconsidera y precisa la posición adoptada inicialmente, sin perjuicio de profundizar en el tema con ocasión del fallo de fondo, y considera que no procedía la suspensión provisional decretada por cuanto los argumentos expresados no permiten realmente concluir que se presente una infracción de la norma superior, con el carácter de manifiesta que exige el art. 152 del C.C.A.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., vientisiete de agosto de mil novecientos noventa y tres.

REHABILITACION CARCELARIA/REDENCION DE PENA/DIRECCION GENERAL DE PRISIONES - Facultades/MINISTERIO DEL TRABAJO-Facultades/MINISTERIO DE EDUCACION-Facultades

De la lectura de la primera parte de la circular acusada, en la cual se expresa que su expedición obedece a la necesidad de determinar algunos parámetros para la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza contemplados en la nueva legislación procesal penal, "...hasta tanto el ejecutivo expida el correspondiente decreto reglamentario" (sic), y de su confrontación con el último inciso del artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, la Sala evidencia que ella incurre en franca y manifiesta violación de dicha norma legal, pues mientras que allí se atribuye privativa y expresa competencia a los Ministros de Educación y Trabajo para disponer "...en coordinación con la Dirección General de Prisiones" los mecanismos que hagan viable el beneficio de redención de pena por trabajo y estudio, la Dirección General de Prisiones, al expedir la Circular acusada, asumió de manera autónoma e irregulas las funciones asignadas a dichos Ministerios, pues su participación en la implementación de tales mecanismos sólo resultaba ser viable en la medida en que esa tarea fuese acometida por los Ministerios de Educación y Trabajo.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la Circular 0129 de 26 de noviembre de 1992, emanada de la Dirección General de Prisiones, División de Rehabilitación, del Ministerio de Justicia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº 2386. Actor : Víctor Manuel Linares y otro

Mediante demanda presentada personalmente ante el Asesor Jurídico y con el Visto Bueno del Director de la Penitenciaria Central de Colombia, los señores Víctor Manuel Linares Valencia y Omar Alberto Gaviria Rúa, de quienes en dicha diligencia se expresa que están "...internos en este establecimiento", en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan de esta Corporación, previa suspensión provisional, la declaratoria de nulidad de la Circular Nº 0129 de 26 de noviembre de 1992 emanada de la Dirección General de Prisiones, División de Rehabilitación, dirigida a los Directores de Establecimientos Carcelarios, y suscrita por el Director General de Prisiones. Dicha circular, en su primera parte, es del siguiente tenor:

> "En atención a las diferentes solicitudes enviadas por los establecimientos carcelarios del país, en relación con la aplicación de la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza contemplada en la nueva legislación procesal penal; la Dirección General de Prisiones ha considerado necesario determinar algunos parámetros que deben ser tenidos en cuenta hasta tanto el ejecutivo expida el correspondiente decreto reglamentario":

A pesar de que la demanda carece de la expresa designación de la parte demandada y de quien ha de representarla en este proceso, pero teniendo en cuenta que en ella se solicita notificar su admisión al Ministro de Justicia, "...por ser este funcionario el superior jerárquico de quien produjo el acto administrativo impugnado", la Sala, con fundamento en el poder de interpretación de la demanda que le ha sido reconocido por la jurisprudencia al juez administrativo, y en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, entiende que es parte demandada la Nación Colombiana, representada por el señor Ministro de Justicia, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 149 del C.C.A.

Como quiera que la demanda ha sido presentada por dos ciudadanos recluídos en la Penitenciaria Central de Colombia, y que en este momento procesal no puede determinarse si tal reclusión se deriva de su condición de sindicados o de condenados, surge para la Sala la necesidad de definir si el ejercicio de la acción de nulidad implica el ejercicio de un derecho político, porque si ello fuese así, para efecto de decidir sobre la admisión de la demanda se requeriría solicitar información a dicho centro penitenciario sobre la referida condición, toda vez que si lo están como condenados, y en el caso de que la pena a ellos impuesta hubiese sido, a título principal o accesorio, la de interdicción de derechos y funciones públicas, ella conlleva la privación "...del ejercicio de cualquier otro derecho político..." (artículo 50 Código Penal).

A este respecto, una vez realizado el análisis de diversas normas de la Carta Política, la Sala considera que el ejercicio de la acción de nulidad no implica el ejercicio de un derecho político, por las siguientes razones:

1º Porque si de acuerdo con el concepto generalizado de la doctrina "acción pública" es aquella que puede promover cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, ello significa que cuando el artículo 40 de la Carta confiere a los ciudadanos el derecho a "interponer acciones públicas en defensa de la Constitución o de la ley", sólo consagra que, sin reserva alguna, quienes ostenten dicha calidad pueden ejercer todas las acciones que revistan tal carácter, como ejercicio de sus derechos políticos, pero, en manera alguna ello quiere decir que el ejercicio de toda acción pública esté reservado a los ciudadanos como derecho político, ya que la misma Constitución consagra que algunas de las acciones públicas pueden ejercerse por "toda persona" (arts. 86 y 87), señalando taxativamente aquéllas que, como expresión de un derecho político, están reservadas exclusivamente a los ciudadanos (arts. 184, 241, 242 y 379).

2º Porque si la acción pública de nulidad no está reservada a los ciudadanos por ninguna norma de la Constitución, ello permite concluir que su regulación corresponde a la ley, según lo previsto en el artículo 89 de la Carta y en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

3º Porque si la acción pública de nulidad ha sido instituída por la ley (art. 84 del C.C.A) para que mediante su ejercicio por "toda persona" se logre el restablecimiento del orden jurídico, ella debe ser considerada dentro del nuevo orden constitucional como formando parte integrante de la categoría de aquellas acciones que el mencionado artículo 89 de la Carta Política autoriza al legislador para establecer con el fin de "...propugnar para la integridad del orden jurídico...", que interesa a la colectividad entera y no sólo a los ciudadanos, como ejercicio de un derecho político.

Como consecuencia de lo expuesto y dado que la demanda reúne los requisitos y formalidades contemplados en los artículos 137 y ss. del C.C.A. será admitida en la parte resolutiva de esta providencia.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Habida cuenta que de tiempo atrás la Sala ha considerado que, en casos como el presente, en los cuales el solicitante de la medida se remite a las disposiciones superiores y al concepto de violación contenidos en la demanda, debe entenderse que la sustentación de la medida precautelativa está dada por los cargos que en ella se formulan en contra del acto acusado, a continuación se procede a su resumen (fls. 3 a 9).

Primer cargo. Violación del artículo 13 de la Constitución, pues el acto acusado coloca al recluso en condiciones de desigualdad legal frente al régimen laboral colombiano, que establece para el sector público y privado como días de descanso obligatorio y remunerado los sábados, domingos y festivos, en la medida en que limita el derecho de los reclusos al reconocimiento de los días real y materialmente trabajados para efectos de la redención de su pena por trabajo, estudio o enseñanza. Dicha limitación contraría la manera tradicional como venían computándose tales

días y prolonga el período de cautiverio. En consecuencia, la Circular "...viola una costumbre sana con fuerza de ley que se había convertido en fuente consuetudinaria de norma administrativa..." y quebranta el principio de la interpretación benigna de la ley, consagrado en el artículo 45 de la Ley 153 de 1887.

Segundo cargo. Violación del artículo 25 de la Constitución, pues mientras que en él se consagra que el derecho al trabajo es una obligación social que goza de especial protección del Estado, el acto acusado, expedido por un organismo al que no se le ha conferido atribución alguna para legislar en materia laboral, "...establece un régimen restrictivo a la actividad laboral realizada por los reclusos en cuanto dispone que 'para los efectos de redención de pena el Instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias'".

Si la protección que el Estado debe al trabajo permite que éste se cumpla sin restricciones, limitaciones o inhibiciones, de ello resulta que un recluso instructor de otros reclusos puede laborar una jornada máxima de 8 horas, permitida por la ley, contribuyendo de esta manera a amortiguar su pena y a obtener más rápido su libertad. Contrariamente a ello, el acto acusado dispone que a partir del 1º de enero de 1993, y así el Instructor labore 8 horas diarias, únicamente se le computan 4 de ellas.

En la aclaración contenida en la última parte de la circular, al expresar que "Revisados conceptos anteriores sobre la certificación de los días sábados, domingos y festivos para aquellos internos que participan en actividades de estudio, trabajo o enseñanza, la Dirección General de Prisiones ha constatado que no existe un fundamento jurisprudencial para la certificación de dichos días", se da por establecido que el régimen laboral colombiano está determinado por vía jurisprudencia, ignorando que si bien la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la interpretación usual, aclara y unifica criterios sobre la materia, ella no es la encargada de regular el derecho al trabajo.

Tercer cargo. Violación del artículo 150 de la Carta Política, pues mediante la Circular acusada el Director General de Prisiones se convierte en colegislador en materia de Procedimiento Penal, pues dispone que "...en relación con la aplicación de la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza contemplada en la nueva legislación procesal penal, la Dirección General de Prisiones ha considerado necesario determinar algunos parámetros que deben ser tenidos en cuenta hasta tanto el ejecutivo expida el correspondiente decreto reglamentario".

"...La vulneración a este precepto constitucional, consiste en que, si se examinan lúcidamente los puntos que contiene el Acto Administrativo, encontramos que los llamados parámetros que deben ser tenidos en cuenta constituyen toda una legislación en materia de redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, inclusive determina hasta la competencia jurisdiccional (punto 5º) y regula toda una estructura jurídica y administrativa en torno a la redención de pena, con cuya determinación está quebrantando el artículo 150 de la Constitución Nacional porque es función

privativa asignada al Congreso de la República, interpretar, reformar y derogar las leyes. Luego el Director General de Prisiones al pretender interpretar y reformar una norma con fuerza obligatoria de ley de la República, no hizo otra cosa que usurpar una función ajena a las que a él le están asignadas. La Circular en mención reforma de manera sustancial los artículos 530 y 531 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual no está ni ha estado autorizado el Director General de Prisiones".

Cuarto cargo. Violación del artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, pues la Circular acusada, a partir del numeral 6, interpreta y adiciona dicha norma legal, la cual otorgó facultades a los Ministerios de Educación y Trabajo, en coordinación con la Dirección General de Prisiones, para determinar "los mecanismos necesarios para hacer viable" el beneficio de redención de pena por cualesquiera de las modalidades allí previstas. En consecuencia, si dicha dirección sólo tenía funciones de coordinación, no podía asumir de hecho la tarea asignada a los citados Ministerios.

Quinto cargo. Violación del artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, en la medida en que al disponer la Circular que "...sólo se tendrán en cuenta las disposiciones establecidas en la presente circular, quedando derogadas todas aquellas que le sean contrarias", pretendió derogar los artículos 150 de la Carta Política y 530 del Código de Procedimiento Penal, pues se auto atribuye funciones de orden legislativo y desplaza de facto los Ministerios de Educación y de Trabajo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que de la lectura de los anteriores cargos la Sala encuentra que los cargos tercero, cuarto y quinto se refieren a la ilegalidad de la circular en su conjunto, la Sala los estudiará en primer término y de manera concordante así:

El texto del artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, norma a la que se refieren los tres cargos citados como norma violada por el acto acusado, expresa:

> "Artículo 530. **Redención de pena por trabajo y estudio.** El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de la pena por trabajo y estudio a los condenados a penas privativas de la libertad.
>
> "A los detenidos preventivamente y a los sentenciados, se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio o de trabajo.
>
> "Se computará como un día de estudio o de trabajo la dedicación a estas actividades durante ocho horas, así sea en días diferentes.
>
> "Para efectos de este artículo, los Ministerios de Educación y Trabajo, dispondrán los mecanismos necesarios para hacer viable este beneficio en coordinación con la Dirección General de Prisiones".

Al expresarse en los cargos analizados que las regulaciones contenidas en la circular acusada reforman, interpretan y adiciona el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que la Dirección General de Prisiones asumió "de hecho" las tareas asignadas por dicha norma a los Ministerios de Educación y Trabajo, la Sala entiende que en ellos se formula el cargo de incompetencia del organismo que expidió dicha Circular.

De la lectura de la primera parte de la Circular acusada, cuyo texto se transcribió al inicio de esta providencia, en la cual se expresa que su expedición obedece a la necesidad de determinar algunos parámetros para la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza contemplados en la nueva legislación procesal penal, "...hasta tanto el ejecutivo expida el correspondiente decreto reglamentario" (sic), y de su confrontación con el último inciso del artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, la Sala evidencia que ella incurre en franca y manifiesta violación de dicha norma legal, pues mientras que allí se atribuye privativa y expresa competencia a los Ministros de Educación y Trabajo para disponer "...en coordinación con la Dirección General de Prisiones" los mecanismos que hagan viable el beneficio de redención de pena por trabajo y estudio, la Dirección General de Prisiones, al expedir la Circular acusada, asumió de manera autónoma e irregular las funciones asignadas a dichos Ministerios, pues su participación en la implementación de tales mecanismo sólo resultaba ser viable en la medida en que esa tarea fuese acometida por los Ministerios de Educación y Trabajo.

En las anotadas condiciones, la Sala considera que, sin necesidad de estudiar los restantes cargos, resulta procedente decretar la suspensión provisional de los efectos de la circular acusada.

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

RESUELVE:

1º ADMITESE la demanda presentada por ciudadanos Víctor Manuel Linares Valencia y Omar Alberto Gaviria Rúa.

En consecuencia, se dispone:

a) Tener como parte demandante a los citados ciudadanos.

b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por el señor Ministro de Justicia y del Derecho.

c) Notifíquese personalmente esta decisión al citado ministro, con entrega de copia de la demanda y de la circular acusada.

d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

e) Fíjese en lista el presente negocio por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

f) Solicítese al Ministerio de Justicia y del Derecho, por intermedio de su Secretaría General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado dentro del término de diez (10) días, a partir de aquél en que reciba el correspondiente oficio.

g) En acatamiento a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, y en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso, los demandantes deberán depositar la suma de cinco mil pesos ($ 5.000) m/cte, en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la secretaría de la Sección.

2º DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de la Circular Nº 0129 de 26 de noviembre de 1992, emanada de la Dirección General de Prisiones, División de Rehabilitación, del Ministerio de Justicia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiseis de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

IMPUESTO DE ANOTACION Y REGISTRO-Recaudación/SERVICIO SECCIONAL DE SALUD-Facultades

El Gobierno Nacional, mediante el Decreto Reglamentario 910 de 1982, precisó como entidades recaudadoras del impuesto de anotación y registro de salud en las capitales de departamento, y con relación al gravamen causado en otras ciudades no capitales designó a los hospitales regionales y locales y a falta de éstos, a los tesoreros municipales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº 2222. Consulta de la sentencia de 25 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca. Actor: Municipio de CALOTO, Departamento del Cauca.

Consulta el Tribunal Administrativo del Cauca la sentencia proferida el 25 septiembre de 1992, por la cual esa corporación decidió en primera instancia el proceso a que dió origen la demanda formulada por el Municipio de Caloto, la cual pretendió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Decretar la nulidad del oficio 093 de 1991 (fls. 15 a 16 del c. principal) suscrito por el Jefe Seccional del Servicio de Salud del Cauca, mediante el cual se niega la entrega a la gobernación del Departamento de lo recaudado por concepto del impuesto de registro y anotación obtenido por razón de las negociaciones celebradas mediante las escrituras públicas números 254 y 280 de julio y agosto de 1990, respectivamente, de la Notaría Unica de Caloto, Cauca.

2ª Ordenar como restablecimiento del derecho la entrega al departamento del Cauca de la suma total que le corresponde por concepto de registro y anotación,

para que éste a su vez proceda de conformidad con lo dispuesto en la ordenanza 5 de 1968.

3ª Condenar al Servicio Seccional de Salud del Cauca al pago de los intereses legales causados desde las respectivas fechas de cancelación de los impuestos de anotación y registro reclamados.

4ª Condenar al Servicio Seccional de Salud del Cauca al pago de todos los gastos y costos del proceso, incluidas las agencias en derecho.

Como HECHOS señaló los que se resumen a continuación:

Por la dación en pago y posterior enajenación de la sociedad papelera S.A. -Papelcol-, negociaciones registradas en la Oficina de Instrumentos Públicos de Caloto, se canceló por concepto de impuesto de registro y anotación, la suma de $ 220.000.000.oo que fueron recaudados por el hospital La Niña María de Caloto, según el Decreto Reglamentario 0910 de 1982, artículo 1º.

Esta entidad debió entregar el valor del impuesto al departamento del Cauca, de conformidad con la Ley 8ª de 1909, para que éste a su vez transfiriera al Municipio de Caloto el 50% de lo recaudado, en aplicación del artículo 2º de la ordenanza número 5 de 1968.

El Servicio de Salud del Cauca se ha negado a entregar los valores aduciendo que la Ley 14 de 1982, al modificar el artículo 8º de la Ley 24 de 1963, dispuso que el aumento de los impuestos de registro y anotación deberá ser transferido por las entidades recaudadoras exclusivamente para los programas de asistencia social desarrollados por los Servicios Seccionales de salud.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señaló como tales la Ley 8ª de 1909, que estableció en su artículo 1º que corresponden a los Departamentos las rentas obtenidas por concepto del impuesto de Registro y Anotación; la Ley 52 de 1920 que fija las tarifas para el cobro de dicho impuesto; el Decreto 448 de 1968 que establece en su artículo 1º que el mencionado tributo se pagará en el Departamento, Intendencia o Comisaría en donde están situados los bienes inmuebles objeto del acto o contrato que lo cause; la Ley 14 de 1982 y el Decreto 0910, conforme a los cuales los organismos de salud sólo están facultados para recaudar los dineros que se paguen por el impuesto en mención, pero no los autoriza en ningún caso para disponer o retener dichos dineros; y el artículo 4º de la Ley 24 de 1963 que al no modificar el literal a) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920, permite pensar que todo el valor que se pague por el referido impuesto le corresponde enteramente al Departamento, valor que debe entregar la entidad recaudadora a éste; y el artículo 2º de la Ordenanza 5 de 1968, por la cual se cede a los municipios el 50% del impuesto de Registro y Anotación.

En el proceso intervino como litis consorte necesario activo el Departamento del Cauca que a través de apoderado manifestó estar identificado con los hechos y pretensiones de la demanda, agregando que se violaba igualmente la Ley 33 de 1968, en su artículo 1º, teniendo en cuenta que a partir de 1º de enero de 1969 ha sido de propiedad exclusiva de los Departamentos, Intendencias y Comisarías el gravamen o recargo nacional del 10% sobre el impuesto de registro y anotación de que trata el artículo 10 de la Ley 128 de 1941, que se cause en sus respectivas jurisdicciones.

EL SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, adujo como defensa de acto acusado que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 910 de 1982 y lo establecido en el artículo 166 del Decreto 1222 de 1986, los departamentos perdieron la ameritada renta del Impuesto de Anotación y Registro.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA CONSULTADA

Luego de reseñar las normas legales sobre el impuesto de registro y anotación aplicables al caso sub lite y transcribir algunos apartes de la sentencia de 4 de mayo de 1990 proferida por la Sección Cuarta de esta corporación en el expediente 2325, precisa, con base en esas dos fuentes, en síntesis las siguientes conclusiones:

"1. El impuesto de Registro y Anotación es propiedad exclusiva de los Departamentos, Intendencias y Comisarías en donde estén ubicados los bienes inmuebles objeto de la transacción, con excepción del que se cause en el Distrito de Bogotá, lo mismo que el recargo nacional del 10% sobre el aludido impuesto, conforme al artículo 166 del Decreto 1222 de 1986, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 8ª de 1909 y el artículo 7º de la Ley 24 de 1963.

"2. El impuesto de registro de los actos comprendidos en el artículo 1º de la Ley 52 de 1920, literales a, e, l y ll corresponde en forma exclusiva a los departamentos y hace parte de sus fondos comunes.

"Y ellos son: todo acto, contrato o instrumento escriturario; todo gravamen hipotecario cuando es separado del contrato principal; la constitución o prórroga de sociedades civiles o comerciales y el aumento de capital de las mismas.

"Las tarifas de tales actos son las señaladas en la Ley 52 de 1920 con la modificación hecha al literal a) por el Decreto 2838 de 1954 en el sentido del aumento allí previsto.

"3. El aumento de las tarifas para los restantes literales del artículo 1º de la Ley 52 de, 1920, tal como quedó establecido por el artículo 4º de la Ley 24 de 1963 y que se refiere a los literales b) registro de sentencias; c) registro de testamentos; d) constitución de poderes; f) modificación y prórroga de poderes; g) cancelación de gravámenes; h) protocolización; i) remate de bienes; j) actos

notariales sin valor patrimonial; k) donación entre vivos, m) modificaciones de sociedades y adjudicación de baldíos; n) división de bienes comunes, y ñ) declaraciones ante notario,
"tiene destinación específica de conformidad con el artículo 8º de la Ley 24 de 1963, modificado por el artículo 1º de la Ley 14 de 1982; y con los artículos 2º y 3º del Decreto 910 de 1982.

"4. El recaudo, manejo e inversión del impuesto correspondiente al registro de los actos comprendidos en los literales a), e), l) y ll) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920 es atribución autónoma del departamento, según el artículo 62-15 del Decreto 1222 de 1986.

"5. El recaudo, manejo e inversión del aumento del impuesto correspondiente a los demás literales del artículo 1º de la Ley 52 de 1920, es el previsto por el Decreto 910 de 1982.

"6. Los artículos 2º y 3º de la Ordenanza 5 de 1968 de la Asamblea del Cauca, deben entenderse subrogados por la Ley 14 de 1982 y por el Decreto 910 del mismo año, normas de superior categoría, en lo que se refiere al aumento de tarifas del impuesto, el recaudo, manejo y destinación del mismo, razón por la cual lo en ella prescrito sólo tendrá operancia respecto del recaudo, manejo e inversión del impuesto que maneja autónomamente el departamento como propiedad suya exclusiva".

Concluye diciendo el a quo que como el impuesto de registro y anotación que se controvierte en este proceso se originó en la previsión del literal a) de la Ley 52 de 1920, debe aceptarse que su recaudo, manejo e inversión es atribución autónoma del departamento, con sujeción a las normas legales a que se ha hecho referencia y a lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de la Ordenanza Nº 5 de 1968.

Por todo lo anterior, el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad del acto acusado; condenó al Servicio de Salud del Departamento del Cauca a entregar al departamento del Cauca la suma de $ 220.000.000.oo que recibió por concepto de impuesto de registro y anotación de las escrituras números 254 de 31 de julio de 1990 y 280 de 24 de agosto del mismo año, ambas de la Notaría Unica del Círculo de Caloto, Cauca, y a pagarle los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cancelación del referido impuesto hasta el día de la entrega de la suma total.

Igualmente decretó el fallo del Tribunal que "El Departamento del Cauca manejará e invertirá los dineros percibidos de acuerdo con las normas legales que rigen la materia y dará cumplimiento a lo prescrito por la ordenanza número 5 de 1968, artículos 2º y 3º en cuanto no se oponga a lo dispuesto por normas de carácter superior".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Partiendo del hecho de que la entidad demandada es un establecimiento público del orden departamental, para la mejor inteligencia del asunto sub examine, conviene, como lo entendió el a quo, transcribir las disposiciones relativas y aplicables al impuesto de registro y anotación, y a ello se procede enseguida:

Este impuesto fué creado por la Ley 39 de 1890 al estatuír en su artículo 4º que "Por los documentos que deben registrarse conforme a la ley, se cobrará un impuesto denominado derecho a registro".

La Ley 8ª de 1909, en su artículo 1º le dió a dicho impuesto, en lo sucesivo, el carácter de renta departamental.

La Ley 52 de 1920, en su artículo 1º dispuso que "Por los documentos y actos que deben registrarse conforme a la ley, se cobrará un impuesto denominado derecho de registro, según la tarifa siguiente:...", la señala en los literales a) hasta ñ).

El literal a) fué modificado por el Decreto 2838 de 1954, así:

"Artículo 1º con el fin de aumentar los recursos departamentales, el ordinal a) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920 quedará así:

"a) Un peso ($ 1.oo) por cada cien pesos ($ 100.oo) del valor de todo acto, contrato o instrumento escriturado estimado en dinero, que pase o se otorgue ante notario, y por cada cien pesos ($ 100.oo) del valor de los documentos privados".

Los restantes literales, con excepción del e) del l) y del ll) fueron modificados por la Ley 24 de 1963 a través de su art. 4º, el cual consigna:

"Modifícase el artículo 1º de la Ley 52 de 1920, en cuanto a los numerales que a continuación se citan, y fíjase la tarifa del impuesto de registro y anotación en la cuantía que para cada caso se indica:...", la señala en los literales b) a ñ), con la exclusión de los literales prenombrados, es decir, de los literales a), e), l) y ll)".

Los artículos 7º y 8º de la misma Ley 24 de 1963, dispusieron:

"Artículo 7º El impuesto de anotación y registro se seguirá pagando en su totalidad a favor de los Departamentos, Intendencias y Comisarías en donde estén ubicados los bienes inmuebles objeto de la transacción.

"Parágrafo. Del impuesto sobre anotación y registro que se recaude en el Departamento de Cundinamarca, incluyendo el Distrito Especial de Bogotá, se destinará para éste un treinta por ciento (30%).

"Artículo 8º -El aumento de los impuestos de registro y anotación, establecidos por la presente ley, deberá ser destinado por las correspondientes entidades para fines de asistencia social preferencialmente".

La Ley 14 de 1982, enero 20, subrogó el artículo 8º de la Ley 24 de 1963, en los siguientes términos:

"Artículo 1º- El artículo 8º de la Ley 24 de 1963 quedaría así: El aumento de los Impuestos de Registro y Anotación establecido por la presente Ley deberá ser transferido por las entidades recaudadoras correspondientes, exclusivamente para los programas de Asistencia Social desarrollados por los Servicios Seccionales de Salud".

En su artículo 2º esta Ley 14 dispuso que regirá desde su sanción.

El Decreto 910 de 1982, marzo 31, reglamentó la Ley 14 de 1982, así:

"Artículo 1º.-Para los efectos de la Ley 14 de 1982, los hospitales locales y regionales en los Municipios y los Servicios Seccionales de Salud en las capitales de departamentos, en las Intendencias y las Comisarías son las entidades recaudadoras del impuesto de registro y anotación.

"Parágrafo 1º.-En los municipios en donde no exista hospital local ni regional, el recaudo se hará en las tesorerías municipales, las cuales deberán transferir los recursos al Servicio Seccional de Salud respectivo, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes.

"Parágrafo 2º.- En los municipios en donde, sin ser capital de Departamento, exista más de un hospital, el servicio seccional de salud respectivo determinará, previa aprobación del Ministerio de Salud, el hospital que hará el recaudo y la distribución de los recursos.

"Artículo 2º.- Las entidades recaudadoras en los municipios destinarán los recursos obtenidos por este concepto al funcionamiento de los programas de asistencia social que desarrolle la respectiva entidad. Estos recursos deben aparecer claramente identificados en el presupuesto de la entidad y recibir la aprobación previa del Servicio Seccional de Salud respectivo.

"Artículo 3º.- Las entidades recaudadoras en las capitales de Departamentos, Intendencias y Comisarías distribuirán los recursos obtenidos por este concepto, entre los hospitales que funcionan en la respectiva capital, de acuerdo con la programación de actividades que se elabore. Los recursos se destinarán al funcionamiento de los programas de los respectivos hospitales.

"Parágrafo 1º.- Los servicios seccionales de salud podrán delegar el recaudo de este impuesto a los hospitales que funcionen en las respectivas capitales.

"Parágrafo 2º.- Los recursos que se transfieran a los Servicios Seccionales de Salud en donde no exista hospital local ni regional, serán invertidos en su totalidad por los Servicios en el refuerzo del funcionamiento de los programas de Atención Primaria que se desarrollen en el Municipio.

"Artículo 4º. El Servicio Seccional de Salud de Bogotá recaudará y distribuirá entre los hospitales que funcionen en el Distrito, los ingresos provenientes de este concepto.

"Artículo 5º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

Este decreto fué publicado en el Diario Oficial 35992 de 26 de abril de 1992.

La Ley 33 de 1968 dispuso en su artículo 1º:

"A partir del primero de enero de 1969 serán de propiedad exclusiva de los Departamentos, Intendencias y Comisarías, los siguientes impuestos que se causen en sus respectivas jurisdiccionales:.....
d) El gravamen o recargo nacional del diez por ciento (10%) sobre el impuesto de registro y anotación de que trata el artículo décimo de la Ley 128 de 1941.
.....

"Parágrafo 2º. El gravamen o recargo a que se refiere el ordinal d) de este artículo que se cause en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, continuará cobrándose por éste como propiedad suya exclusiva".

El artículo décimo de la Ley 128 de 1941 a que se refiere la precedente Ley 33, es del siguiente tenor:

"Con el objeto de poder atender a los gastos que demande el funcionamiento de las oficinas seccionales y levantamiento catastral y de la carta militar, catastral y agrícola, establécese un gravamen equivalente al diez por ciento (10%) de lo que los particulares deban pagar por concepto de Impuesto Predial y de Impuesto de Registro y Anotación".

Por su parte el artículo 166 del Decreto 1222 de 1986 reitera textualmente lo que estatuyó la Ley 33 de 1968 en lo que se acaba de transcribir.

De las regulaciones legales referenciadas se desprenden que en cuanto al destino de los recaudos por el gravamen de notariado y registro, pueden distinguirse, como se dedujo, sobre las mismas bases legales, un poco ampliadas en esta oportunidad, en la sentencia de 4 de mayo de 1990, proferida por la Sección Cuarta de esta corporación en el expediente 2325, ya citado, que sirvió justamente de marco jurisprudencial al fallo consultado, dos franjas o sectores:

El primero corresponde en forma exclusiva a los fondos comunes del Departamento, conformado por el registro de los actos con las correspondientes tarifas indicadas en los literales a), e), l) y ll) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920, con la aclaración de que la tarifa del literal a) fue aumentada por el Decreto 2838 de 1954 y el aumento inicialmente decretado a favor de las oficinas de catastro (Ley 128 de 1941), posteriormente fué cedido a los departamentos por la Ley 33 de 1968, determinación que fué reiterada luego por el Decreto Ley 1222 de 1986 en su artículo 166.

Los actos comprendidos en los literales a), e), l) y ll) de la Ley 52 de 1920, son, en resumen, todo acto, contrato o instrumento escriturario, todo gravamen hipotecario cuando es separado del contrato principal, la constitución o prórroga de sociedades civiles o comerciales y el aumento de capital en las mismas.

El segundo proviene del aumento de tarifas decretado por la Ley 24 de 1963 en los actos e instrumentos mencionados en los demás literales del artículo 1º de la Ley 52 de 1920, que tratan de registro de sentencias y de testamentos; constitución, modificación y prórroga de poderes; cancelación de gravámenes; protocolización; remate de bienes; actos notariales sin valor patrimonial; donaciones entre vivos; modificaciones de sociedades y adjudicación de baldíos (respecto de las sociedades en lo referente a cambios distintos a aumento de capital, por estar este aspecto contemplado en el primer sector y que corresponde al literal ll citado); división de bienes comunes y declaraciones ante notario, aumento que tiene destinación específica, "...exclusivamente para los Programas de Asistencia Social desarrollados por los Servicios Seccionales de Salud", conforme al artículo 8º de la Ley 24 de 1963, como quedó subrogado por el artículo 1º de la Ley 14 de 1982, y los artículos 2º y 3º del Decreto 910 de 1982.

Posteriormente vino el Gobierno Nacional, mediante el citado Decreto Reglamentario 910 de 1982, a precisar como entidades recaudadoras a los Servicios Seccionales de Salud en las capitales de departamento, y con relación al gravamen causado en otras ciudades no capitales designó a los hospitales regionales y locales y a falta de éstos, a los tesoreros municipales, en los términos en que quedó consignado en sus mismas disposiciones, atrás transcritas.

De todo lo anterior se colige que las conclusiones y decisiones finales concretadas en la parte resolutiva del fallo consultado, es plenamente congruente con la señalada normatividad legal que regula el impuesto de anotación y registro, a la vez que se ajusta a la directriz jurisprudencial de la Corporación sentada en la sentencia atrás citada, como que en ella literalmente se sustenta dicho fallo.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, de fecha 25 de septiembre de 1992.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiseis de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO PARTICULAR/ACCION DE NULIDAD-Improcedencia

Como quiera que los demandados actos tienen contenido particular, individual y concreto pues a través de ellos se crea una situación jurídica en favor de los señores Nazareno Francisco y Carlos Alberto Filauri Postarini para la extracción de un material aluvial en el barrio San Rafael ubicado en la Vereda Río Frío Oriental del Municipio de Tabio, no pueden ser enjuiciados en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., pues la ley no los ha enlistado dentro de los actos particulares demandables a través de dicha acción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente N° 2385. Acción: Nulidad. Actor: Patricia Mier Barros.

Por no haber sido aprobada la ponencia del Consejero doctor YESID ROJAS SERRANO, corresponde decidir el recurso de súplica oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la providencia de 21 de mayo de 1993 por la cual la Sala Unitaria del Consejero doctor LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ inadmitió la demanda dentro del proceso de la referencia.

I. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA SUPLICADA

Expresó en síntesis la providencia recurrida:

1. La accionante en su demanda manifiesta que la viabilidad de la acción intentada se deriva de lo dispuesto por el artículo 88 de la Carta Política que consagra que

la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, entre otros, el del ambiente, que es el que precisamente se pretende salvaguardar en este proceso y sin que dicha norma constitucional distinga entre actos de contenido general o particular, por lo cual la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el ejercicio de la acción de nulidad debe ajustarse al mandato constitucional.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Carta, corresponde a la ley regular las acciones populares para los fines allí determinados, lo cual implica que el ejercicio de dichas acciones sólo podrá ser jurídicamente viable en la medida en que el legislador expida las normas reguladoras de las mismas y atribuya competencia para su conocimiento a alguno o algunos de los órganos judiciales del país, la cual al no haberse expedido impide derivar de dicho artículo 88 el ejercicio de la acción pública que se pretende con la demanda incoada.

3. No obstante lo anterior y ejerciendo la facultad de interpretar la demanda para determinar si a pesar de ejercerse la acción de nulidad es viable la de nulidad y restablecimiento del derecho, en el caso sub judice se observa que la actora no plantea ninguna circunstancia que permita deducir un interés subjetivo de su parte, por lo cual tampoco es procedente esta última acción.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad del recurrente pueden resumirse así:

1. Del encabezamiento de la demanda, de su referencia y sobre todo de las pretensiones planteadas se infiere que la acción ejercitada en este caso no es la acción pública prevista en el artículo 88 de la Constitución, sino la de simple nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A. Distinto es que se haya incluído dentro del texto de la misma el artículo 88, pues esta cita era necesaria dado el contenido de los actos acusados, los cuales además de haber sido expedidos por una autoridad que no era competente han autorizado ilegalmente la explotación de gravillas en desmedro del valle de Tabio, de su paisaje y propiciando la contaminación del aire y de las aguas de la región. Y aun cuando dicho artículo 88 aún no ha sido regulado, no es incompatible con la acción de nulidad del C.C.A.

El consejero ponente desconoce el carácter administrativo de los actos impugnados y por ende la cláusula general de competencia que le asiste para ejercitar el control de legalidad sobre los actos administrativos.

2. La verdadera interpretación y alcance del artículo 84 del C.C.A. se encuentra contenida en la sentencia de 10 de agosto de 1961 y tal tesis cobra mayor fortaleza cuando se observa que el derecho al medio ambiente sano no sólo es de interés colectivo sino que sin lugar a dudas también reviste la connotación de interés

general, el cual, de acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política, debe prevalecer sobre el interés particular.

3. El contenido de los actos desde el punto de vista de su naturaleza es particular, en cuanto al beneficiario de los mismos, y general respecto de la ciudadanía titular del derecho al medio ambiente.

La motivación que impulsa a la demandante es la defensa del orden jurídico en general por ilegalidad del acto y ello no puede plantearse en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. El principio de legalidad en el estado de derecho es la primacía de la Constitución y de la ley y a él están obligados los jueces por expresa disposición del artículo 230 de la Constitución.

De lo anterior se deduce que el juez antes que regirse por los criterios establecidos en la jurisprudencia, debe ceñirse a la ley, y el Consejo de Estado con fundamento en una decisión judicial no puede descartar de plano el control de legalidad de un determinado acto administrativo, pues está obligado a hacer prevalecer el derecho sustancial aplicando los procedimientos ya establecidos para juzgar la legalidad del aquél.

5. Debe analizar el Consejo de Estado el alcance del artículo 95 numeral 8º de la Constitución Política que establece la obligación al ciudadano de "proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano", lo que sólo se puede cumplir en la medida en que las autoridades le reconozcan la legitimación para incoar acciones en defensa del ambiente, sean de nulidad, restablecimiento del derecho, populares o las que en el futuro designe el legislador.

Al inadmitirse la demanda se ha olvidado el Consejero ponente tener en cuenta los artículos 8º y 48 de la Ley 153 de 1887 y ello constituye denegación de justicia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Del texto de la demanda así como de los argumentos invocados por la actora al sustentar el recurso se infiere sin lugar a dudas que la acción de nulidad impetrada tiene por finalidad sacar avante la pretensión de protección del derecho colectivo relacionado con el ambiente sano regulado en el artículo 88 de la Carta fundamental. Por ello se expresa claramente que dicho derecho no es incompatible con la acción que consagra el artículo 84 del C.C.A. que le sirve de sustento y que es precisamente la connotación de interés general que lo caracteriza el que le permite incoar esta acción y no la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En relación con este punto precisa la Sala lo siguiente:

El citado artículo 88 de la ha deferido en la ley la regulación de las acciones populares. Ello se traduce en que es al legislador a quien corresponde señalar tanto la autoridad competente para conocer de las mismas, así como el trámite que ha de seguirse para la solución del conflicto que a través de ellas se plantee. Y mientras dicha ley no haya sido expedida no puede esta Corporación arrogarse la facultad de juzgar las controversias que se originen en ejercicio de tales acciones populares, so pretexto, como en este caso, de que los supuestos de hecho y de derecho que le sirven de sustento están amparados en un acto administrativo.

El recurrente aduce además de la protección del derecho colectivo al medio ambiente la incompetencia del funcionario que dictó los actos impugnados.

Al respecto cabe advertir que como quiera que dichos actos tienen contenido particular, individual y concreto pues a través de ellos se crea una situación jurídica en favor de los señores Nazareno Francisco y Carlos Alberto Filauri Postarini para la extracción de un material aluvial en el barrio San Rafael ubicado en la Vereda Río Frío Oriental del Municipio de Tabio, no pueden ser enjuiciados en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., pues la ley no los ha enlistado dentro de los actos particulares demandables a través de dicha acción.

No se trata pues de desconocer la primacía de la Constitución o de la ley, ni que con fundamento en una decisión judicial se esté descartando de plano el control de legalidad, como lo afirma el recurrente, sino que acorde con los postulados del artículo 30 del C.C., debe el juzgador hacer una interpretación sistemática de los textos legales para hacer prevalecer el principio de equidad y es precisamente en virtud de dicho principio que la ley ha previsto que para dar certeza y seguridad jurídica a los actos administrativos así como a los derechos y situaciones que de ellos se derivan, sólo determinados actos administrativos que ella misma ha señalado puedan ser impugnados mediante la acción de nulidad.

Como en el presente caso tampoco se dan los presupuestos para la viabilidad de la acción que consagra el artículo 85 del C.C.A., se impone para la Sala confirmar el proveído objeto del recurso.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE la providencia de 21 de mayo de 1993, proferida por la Sala Unitaria del Consejero doctor: LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de agosto de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano,* Con Salvamento de Voto.

ACTO PARTICULAR/CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO (Salvamento de Voto)

Se dice que es posible acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad simple cuanto el acto, no obstante referirse a una situación individual o particular, tendría repercusiones de alcance general porque "incida en los derechos ciudadanos, del Estado, de las libertades de los asociados y de la comunidad en general al trastornar el orden jurídico y los principios de la igualdad y la equidad". En otras palabras la situación particular afecta intereses generales, prolonga sus efectos hacia la comunidad e interfiere el ejercicio de los derechos ciudadanos, concretamente el que tienen a gozar de un ambiente sano, por lo que entonces no es legal ni equitativo que se torne inatacable, a pesar de que sean inválidos los actos administrativos que la crearon.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., primero de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente N° 2385. Asuntos departamentales. Actora: Patricia Mier Barros.

Con el debido respeto que me merece el criterio mayoritario de la Sala, me permito separarme de él por las siguientes consideraciones:

Observa el suscrito en esta oportunidad que para concluir en la procedencia o improcedencia de la acción de nulidad frente a los actos de contenido particular, no basta hacer referencia a la naturaleza del acto demandado, a la estabilidad y seriedad de los derechos particulares, ni a la presunta enumeración taxativa de los casos previstos en la ley, sino que es necesario tener en cuenta a su vez, la naturaleza, la identificación y la justificación de las acciones tanto de simple nulidad como de nuli-

dad y restablecimiento del derecho, la importancia del orden jurídico, los derechos de la comunidad en general y la prevalencia del interés público sobre el particular.

Para el caso de autos debe tenerse en cuenta desde ya que en virtud de la Nueva Constitución Nacional, todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano y que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica (art. 79), y además que uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho es la prevalencia del interés general (art. 1º).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A. y en la jurisprudencia, la acción de nulidad puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, en cualquier tiempo, contra los actos administrativos, cuando éstos infrinjan las normas en que deberían fundarse, o hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, pero con el único objeto de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en normas superiores.

En apoyo de la consideración anterior, la Carta Política de 1991 en el artículo 40 numeral 6 le confiere al ciudadano la facultad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, dentro del derecho que ahora tiene a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Por su parte, el artículo 85 del C.C.A. al consagrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, expresa:

> "Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

De la norma transcrita se desprenden, entre otras, tres características de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que dicen relación con su naturaleza y fines:

a) Procede contra el acto administrativo creador de una situación jurídica individual.

b) Tiene como finalidad, además de la declaración de nulidad del acto, el restablecimiento del derecho o reparación del daño, y,

c) Solamente puede ser ejercida por la persona lesionada en un derecho reconocido por la legislación civil o administrativa, o por una norma constitucional.

Conjugando estos tres elementos tenemos entonces que el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, implica que el acto administrativo, además de referirse a una situación particular o individual, debe ocasionar una lesión jurídica subjetiva, o mejor, lesionar un derecho subjetivo, del cual emane el restablecimiento que puede solicitar su titular.

La anterior apreciación tiene respaldo en la jurisprudencia que se ha elaborado sobre el tema, donde se ha dicho:

"...De esta manera, en el precepto comentado (art. 67 Ley 167 de 1941) se señala como motivo determinante de la acción de plena jurisdicción (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho), el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, **pero sólo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva.** La ley establece así el lindero preciso de los dos contenciosos. Dentro de ese orden de ideas, se indica que la finalidad de la acción de plena jurisdicción es la de obtener el restablecimiento del derecho a través de la declaratoria de anulación...". "...El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso de restablecimiento y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67, la acción se desenvuelve en torno a tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella, y el acto violador de aquélla y éste...). (Sentencia de Sala Plena del 10 de agosto de 1961). (Subraya la Sala).

"La diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho) consiste en que mientras aquella tiene por objeto tutelar el orden jurídico abstracto sobre la base de la vigencia del principio de la jerarquía normativa y origina un proceso que, en principio, no implica litigio o contraposición de pretensiones...; ésta, **por el contrario, tiene por finalidad la garantía de derechos privados, civiles o administrativos, violados o conculcados por actos, hechos u operaciones administrativos, mediante sentencia que conduce a la administración a restablecer el derecho o a resarcir el daño**" (Auto de 8 de agosto de 1972) (Subraya la Sala).

"**Cuando el acto administrativo que reconoce la situación particular y concreta o el derecho individual no tiene más alcance que el de la simple relación subjetiva, tal providencia causará estado y su demanda puede promover el juicio, siempre que el actor demuestre un interés y la presente dentro de los términos de caducidad de que habla el Código Contencioso Administrativo y las normas que lo complementen.** En este sentido tiene plena aplicación la tesis de la ya citada jurisprudencia de 1961 porque únicamente con esta acción puede intentarse la anulación de los actos administrativos de contenido individual para obtener el restablecimiento del derecho, pues el designio del actor se acomoda a los fines que la ley atribuye al contencioso objetivo...". (Auto de 2 de agosto de 1990) (Las subrayas son de la Sala).

En los actos acusados mediante la presente acción se aprueba el estudio y plan de explotación del material de arrastre depositado en el predio San Rafael del Municipio de Tabio y se concede permiso a sus propietarios para la extracción de material aluvial en un área de 2.8 hectáreas por el término de 7.5 años.

Estima el suscrito que dichos actos, así se tengan como de contenido particular, son susceptibles de ser impugnados por la vía del contencioso objetivo y no por el contencioso subjetivo, por las siguientes consideraciones:

1ª Con el acto acusado no se da la lesión jurídica subjetiva, condición esta sí, indispensable para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El ejercicio de esta acción, implica que el acto, además de referirse a una situación particular o individual, lesionen un derecho subjetivo.

2ª Con la acción que ahora se ejercita y como consecuencia de lo anterior, no se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, ni se persigue restablecimiento de derecho alguno.

3ª La situación individual creada mediante los actos impugnados tienen repercusiones de alcance general, van más allá de la "simple relación subjetiva"; lesionan, no un derecho particular sino los intereses de la comunidad en general, porque no solamente subvierten el orden jurídico, sino que, al parecer de la demandante daña el ambiente sano a que tiene derecho el público.

A este respecto ya vimos que según jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en el auto del 16 de mayo de 1991 del que fue ponente el Dr. Alvaro Lecompte Luna se dice que es posible acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad simple cuanto el acto, no obstante referirse a una situación individual o particular, tendría repercusiones de alcance general porque "incida en los derechos ciudadanos, del Estado, de las libertades de los asociados y de la comunidad en general al trastornar el orden jurídico y los principios de la igualdad y la equidad".

En otras palabras la situación particular afecta intereses generales, prolonga sus efectos hacia la comunidad e interfiere el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, concretamente el que tienen a gozar de un ambiente sano, por lo que entonces no es legal ni equitativo que se torne inatacable, a pesar de que sean inválidos los actos administrativos que la crearon.

4ª Puede darse el caso de que un acto administrativo de carácter particular infrinja el orden jurídico y afecte los intereses de la comunidad sin que lesione un derecho subjetivo. El impedir el contencioso objetivo contra dicho acto, equivaldría a excluirlo del control jurisdiccional, pues la otra acción, la de nulidad y restablecimiento del derecho, no podría intentarse por falta de titular.

Las apreciaciones anteriores no desconocen la jurisprudencia contenida en el auto de 2 de agosto de 1990, proferido con ponencia del entonces Consejero de

Estado, Dr. Pablo J. Cáceres Corrales y en el que en parte se apoya la providencia recurrida.

Valga la pena observar en primer término, que el precitado auto fue dictado en circunstancias diferentes a las concomitantes al caso que ahora se estudia. En aquella oportunidad el acto acusado fue la Resolución Nº 178 del 27 de marzo de 1990, expedida por el Gerente General de COLPUERTOS, mediante la cual se dispuso el pago de una suma de dinero a la sociedad CONSORCIO PROCTOR LTDA., con base en el desarrollo de un contrato suscrito entre la Empresa Oficial y el consorcio privado, decisión que no generaba ningún efecto sobre los intereses particulares del demandante quien obraba únicamente en defensa del orden jurídico colombiano. En el caso presente la determinación (conceder permiso para la extracción de material aluvial en un área de 2.8 Has., por un término de 7.5 años en el predio), afecta al parecer de la accionante, el medio ambiente considerado como patrimonio común en el artículo 1º del Decreto 2811 de 1974, y en consecuencia, transciende la esfera privada prolongando sus efectos a la comunidad.

Y es en este punto donde la viabilidad de la acción de nulidad se halla conforme a la reciente jurisprudencia sobre la materia contenida en el auto del 2 de agosto de 1990, en la parte que dice:

> "...lo cierto es que los derechos y situaciones particulares que no afectan más que los intereses puramente individuales y no interfieren en manera alguna el ejercicio de los derechos y las libertades, deben quedar en firme en algún momento, a partir del cual se tornan inatacables, así existan motivos de invalidez en los actos administrativos que los engendraron.
>
> "Cosa distinta será si la situación particular interfiere el sistema de derechos y libertades, monopoliza su ejercicio, rompe la igualdad y los principios que sustentan el orden jurídico y trastorna el orden público. En tal caso el acto particular se ha transformado, por la extensión de sus efectos erga omnes en una determinación de alcance general y quedará expuesto al ataque jurisdiccional".

La esencia de la jurisprudencia contenida en el auto del 2 de agosto de 1990 radica en que "el legislador es quién define exactamente la titularidad de las acciones y su alcance, siendo de todas maneras excepcional el permitir a cualquier persona atacar ante los jueces administrativos los actos de contenido particular y concreto; que estos actos son impugnables por la vía de la acción pública de nulidad, "siempre y cuando la ley haya previsto el uso de ese contencioso objetivo contra el acto individual. Si la ley no establece concretamente la acción popular y objetiva contra el tipo de acto subjetivo que se pretenda atacar ante el juez administrativo, tal providencia no será posible juzgarla en esa vía". En consecuencia y "como ejemplos" la misma jurisprudencia cita los siguientes casos en los cuales la ley faculta a los ciudadanos en general, sin que tengan que acreditar un interés privado, para intentar las acciones públicas contra actos particulares: El contencioso electoral; los contenciosos de nulidad de cartas de naturaleza; los contenciosos de nulidad de los nombramientos de

empleados del control fiscal de la Nación; el contencioso de nulidad de los nombramientos ilegales de funcionarios, y el contencioso de nulidad de marcas; y "otros que seguramente, la sabiduría del legislador dispondrá en su oportunidad".

Como se puede observar fácilmente los casos listados son citados por vía de ejemplo, su enumeración no es taxativa, sino que se deja la puerta abierta, para los eventos en que disponga el legislador en su sabiduría.

Pues bien, el presente puede ser uno de esos otros casos, en que por afectar el interés público, el acto a pesar de ser de contenido particular puede impugnarse a través del contencioso objetivo; con la diferencia de que no lo prevé el legislador sino el constituyente de 1991, cuando en el artículo 40 numeral 6º le da a todo ciudadano el derecho a "Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley", y en el 79 preceptúa que "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo"; y que "Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".

El argumento más poderoso que se esgrime contra el ejercicio de la acción pública frente a los actos particulares radica en que mediante ella se burlarían los efectos de la caducidad de la acción y se crearía la más absurda inseguridad, "porque al mismo tiempo que al **particular perjudicado con una decisión administrativa** se le limita el derecho a demandar con el plazo de los cuatro meses y se le prohíbe el ejercicio de la acción de nulidad para eludir los efectos de la caducidad, se autoriza a todas las personas para que impugnen las situaciones y los derechos ya constituidos, asaltando, indiscriminadamente de esa manera, la seguridad de las relaciones que protege la Constitución Política de Colombia".

Pues bien, en casos como el planteado donde no hay lesión subjetiva alguna y donde el que resulta afectado es el bien general, tales riesgos no se corren porque no hay "particular perjudicado con una decisión administrativa", y por consiguiente tampoco un accionante interesado en incoar una acción dentro del término de caducidad o de burlar dicho término.

Por lo demás, aceptando en gracia de discusión el hipotético desconocimiento de derechos constituidos, la prevalencia del interés general sobre el particular, justificarían la medida a la luz de la Constitución Nacional y de la ley.

Finalmente, si como lo ha reconocido la Sección, el juez tiene la facultad de interpretar la demanda, la presentada en esta ocasión debe tomarse como pública de

nulidad; no solamente por lo anteriormente expuesto, sino también porque se estaría dando cumplimiento a los preceptos constitucionales que le dan primacía al derecho sustancial y al interés general y porque se estaría abogando por uno de los ideales del Estado de Derecho, según el cual no deben existir actos administrativos sin control jurisdiccional.

Las anteriores son las razones por las cuales consideré y sigo considerando que el auto recurrido ha debido revocarse, para en su lugar, admitir la demanda propuesta.

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Cobertura

Para la Sala surge claramente la conclusión de que el gran principio general consiste en que los servicios de telecomunicaciones están a cargo del Estado y concretamente a cargo de la Nación, y sólo excepcionalmente, en cuanto a los servicios que se presten dentro del ámbito de su jurisdicción, dichos servicios pueden estar a cargo de las entidades territoriales, y siempre al amparo del control, y coordinación de la Nación, a través del Ministerio de Comunicaciones, de tal manera que la confrontación de las normas demandadas no puede hacerse exclusivamente frente al artículo 34 del Decreto Ley 1900, sino frente al conjunto de normas que conforman ese régimen. Como la posibilidad excepcional de la prestación de los servicios de telecomunicaciones a cargo de las entidades territoriales, prevista en el artículo 34 del Decreto 1900 de 1990, está condicionada a la prestación del servicio dentro del ámbito de su jurisdicción, en la práctica esa posibilidad depende de que el respectivo servicio pueda efectivamente tener un ámbito de prestación exclusivamente territorial. Es decir, que la aplicación del citado artículo 34 está condicionada a esta situación fáctica.

TELEFONIA MOVIL CELULAR-Cobertura

El servicio de telefonía móvil celular es del ámbito nacional, como una consecuencia lógica se desprende que la adjudicación de los contratos de concesión para la prestación de este servicio corresponda al órgano de la Nación competente, que por la materia es el Ministerio de Comunicaciones. La ley lo que hace es definir un género, los servicios básicos de telecomunicaciones, dentro de los cuales caben varios servicios como especies, siendo uno de ellos el de la telefonía móvil celular.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres

Consejero Ponente: *Doctor. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2078. Actor: Oswaldo Hernández Ortíz

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 abogado Oswaldo Hernández Ortíz, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a que se decrete la nulidad de las siguientes normas:

Los artículos 1º al 14 del Decreto 2824 de 19 de diciembre de 1991, expedido por el Gobierno Nacional, ``por el cual se reglamenta la telefonía móvil celular y se dictan otras disposiciones´´;

Los artículos 1º al 4º del Decreto 332 de 24 de febrero de 1992, reformatorios de los artículos 3º, 6º, 7º,y 9º del Decreto 2824 de 1991;

El artículo 1º del Decreto 542 de 31 de marzo de 1992, reformatorio del artículo 6º de Decreto 2824 de 1991.

I. ANTECEDENTES

a) **Los actos acusados**. Son los citados en el párrafo precedente, publicados en los Diarios Oficiales números 40.233 de 19 de diciembre de 1991, 40.354 de 26 de febrero de 1992 y 40.402 de 1º de abril de 1992, aportados con la demanda, reglamentarios de la Ley 72 de 20 de diciembre de 1989, ``por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se confieren unas facultades extraordinarias al Presidente de la República´´ y del Decreto Ley 1900 de 19 de agosto de 1990, ``por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines´´.

Dada la extensión de las disposiciones acusadas, la Sala se abstiene de transcribirlas en este punto, pero lo hará en los considerandos de esta providencia en la medida en que ello fuere necesario.

b) **Los hechos de la demanda**. En el acápite correspondiente (fls. 114 a 132), el actor hace reseña de la historia legislativa de las telecomunicaciones en Colombia, señalando sus hitos más importantes hasta la expedición de la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990 y el Decreto acusado 2824 de 1991, transcribiendo y comentando algunas de sus disposiciones.

Culmina este capítulo haciendo alusiones y deducciones de documentos que dice acompañar para efectos de simple ilustración, denominados ``TELEFONIA MOVIL CELULAR EN ARGENTINA Y CHILE´´ y ``PLAN NACIONAL DE DESARROLLO - TELEFONIA MOVIL CELULAR - OPERADORES PUBLICOS´´.

c) **La actuación surtida**. A la demanda se le dió el trámite correspondiente al proceso ordinario previsto en el C.C.A., dentro del cual caben destacarse las siguientes actuaciones principales:

Mediante auto de 17 de julio de 1992 (fl. 147), se admitió la demanda.

Mediante auto de 4 de septiembre de 1992 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por las partes (fls. 334 a 336).

Por auto de 19 de noviembre de 1992 (fls. 383 a 386) se revocó el auto anterior en cuanto a la prueba testimonial que había sido decretada a petición de la parte impugnante.

Mediante proveído de 12 de marzo de 1993 (fls. 455) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso todas ellas.

II. ANALISIS DE LOS CARGOS

El actor considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las normas que cita en cada cargo, por las razones igualmente expresadas en relación con cada uno de ellos. Por razones metodológicas la Sala analizará cada uno de los cargos después de haberlos resumido e indicado las razones de la defensa y el concepto del Ministerio Público.

PRIMER CARGO.

a) **Resumen del cargo**. Falta de competencia del Gobierno Nacional para fijar determinado servicio público a cargo de la Nación, lo cual por mandato constitucional corresponde a la ley. Violación de los artículos 285, 287, 298, 311 y 356 de la Constitución Nacional y 34 del Decreto Ley 1900 de 1990.

Por mandato de las citadas normas constitucionales es materia reservada a la ley fijar los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales.

En el caso de las telecomunicaciones, esta función se cumplió con la expedición del Decreto Ley 1900 que fijó en los artículos 34 a 37 las competencias de las colectividades territoriales y de la Nación teniendo en cuenta los ámbitos geográficos y la prestación del servicio en sí mismo. Concretamente, a través de su artículo 34 dispuso que la prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional, es una competencia de las entidades territoriales en el ámbito de su jurisdicción, y, por consiguiente, resulta inconstitucional que por medio del Decreto 2824 de 1991 se modifiquen o adicionen las competencias fijadas en el citado decreto ley, al incluir en su artículo 1º un elemento nuevo que no está en la definición legal y es el referente a que ``el servicio de telefonía móvil celular es de cubrimiento y ámbito nacional´´, el cual sí puede ser prestado por las entidades territoriales en gestión directa.

Agrega que a la Nación sólo le compete el servicio de larga distancia nacional o internacional (arts. 35 y 37 ibidem) y que en el servicio de telefonía móvil celular la mayor parte de su tráfico se hace esencialmente en el ámbito municipal, distrital o regional, lo cual explica que la prestación de este servicio corresponda a la entidad territorial directamente, o mediante concesión adjudicada por la entidad territorial a particulares, con la previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, pues éste no tiene competencia para autorizar directamente mediante contratos de concesión la prestación de este servicio por particulares, ya que ello viola lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 34 del Decreto Ley 1900 de 1990. De igual manera el hecho de que la telefonía móvil celular utilice frecuencias radioeléctricas que corresponden al universo denominado ``espectro electromagnético´´, no le asigna al Ministerio de Comunicaciones competencia para efectos de la adjudicación de la concesión respectiva. El Ministerio únicamente tiene facultades de gestión, control y administración de este espectro, todo ello con el propósito de ejercer actividades de planeación y coordinación, la fijación del cuadro de frecuencias, la asignación y verificación de frecuencias, la asignación de permisos para su utilización (artículo 19 del Decreto Ley 1900 de 1990).

En consecuencia, concluye el actor ``tanto la calificación o definición del artículo 1º del Decreto 2824 de 1991, como la regulación contenida en los artículos 2º, 3º y 4º de dicho decreto, y el artículo 1º del Decreto 332 de 1992, modificatorio del artículo 3º del Decreto 2824 de 1991, son inconstitucionales e ilegales, por las razones de orden jurídico señaladas´´.

b) **Razones de la defensa.** La apoderada de la parte demandada expresa, en síntesis, lo siguiente en relación con este cargo:

Las entidades territoriales, por mandato de la ley, tan sólo tienen asignada la prestación del servicio de telefonía fija o alámbrica, es decir, la telefonía por hilos, de ámbito local (artículo 36 del Decreto Ley 3418 de 1954, desarrollado por el Decreto Reglamentario 2427 de 1956).

Todos los demás servicios, denominados en el Decreto Ley 1900 de 1990, en forma amplia como ``nuevos servicios´´ requieren de autorización o concesión previa por parte del Ministerio de Comunicaciones, bien sea para la prestación directa o indirecta del servicio, siempre que se trate de servicios que se presten dentro del ámbito de la jurisdicción de la entidad correspondiente.

En consecuencia, la telefonía móvil celular no es un servicio asignado a las entidades territoriales y la competencia general para otorgar y adjudicar concesiones de servicios de telecomunicaciones corresponde al Ministerio de Comunicaciones, en virtud del artículo 43 del Decreto 1900 de 1990, norma que el actor no cita en su libelo, de tal manera que las entidades territoriales sólo tienen una competencia supletoria y únicamente sobre aquellos servicios que presten dentro del ámbito de su jurisdicción.

El Decreto 1900 prevé la descentralización únicamente de aquellos servicios que tanto por su tecnología como diseño pueden ser prestados dentro del ámbito territorial.

Aún en el caso de que se pensara que los artículos 43 y 34 son contradictorios, prevalece el primero, por ser posterior dentro del mismo estatuto. A su vez, el artículo 26 hace la única referencia en ese estatuto al servicio de telefonía móvil celular, refiriéndose a él como una red única de cubrimiento nacional.

Hace notar que mediante la Ley 37 de 1933 se confirma la prestación del servicio por parte de la Nación.

Igualmente, el ciudadano Carlos Bernardo Carreño Rodríguez, reconocido como parte impugnadora dentro del proceso, defiende la legalidad de las normas acusadas con fundamnto en los siguientes argumentos principales:

Si bien es cierto que de acuerdo con la Constitución la competencia para asignar a la Nación la prestación de servicios públicos corresponde a la ley, es falso que las normas acusadas atribuyan esa competencia o modifiquen la atribución que hace la ley.

La ley fija en abstracto unas condiciones que determinan que, en un caso específico la competencia para prestar los servicios de telecomunicaciones la tienen la Nación o los entes territoriales. No puede pretenderse que la ley fije en concreto cada competencia pues, en ese caso, el supuesto hipotético que es la ley nunca tendría realización.

En el presente caso la ley fijó unas competencias; el decreto, en atención a la naturaleza técnica y legal de un servicio de telecomunicaciones, dispuso que tiene cubrimiento y ámbito nacional. Como consecuencia, la competencia fijada por la ley -no por el Decreto- se aplica.

Ni técnica ni económicamente, ni de acuerdo con la ley, se puede considerar a la telefonía celular como de índole local.

El Gobierno Nacional, al expedir las normas demandadas, no varió la distribución de competencias por la ley para la prestación de la telefonía móvil celular. Este servicio, por expresas disposiciones constitucionales y legales y por sus características técnicas es de ámbito nacional, mas no departamental o municipal.

c) **Concepto del Ministerio Público**. Manifiesta que lo expresado en el artículo 1º del Decreto 2824 de 1991 en el sentido de que el servicio de telefonía móvil celular se define ``...como el servicio básico de telecomunicaciones de cubrimiento y ámbito nacional...´´, es apenas el desarrollo de lo preceptuado en el artículo 26 del Decreto Ley 1900 de 1990. Aparte de que las razones técnicas del

referido servicio expuestas en la contestación de la demanda por el Ministerio de Comunicaciones, en las que concluye que el servicio de telefonía móvil celular es del ámbito nacional, merecen la mayor credibilidad.

d) **Consideraciones de la Sala.** Señala el demandante que al incluir el Decreto 2824 de 1991 en su artículo 1º un elemento que no está en la definición legal sobre reparto de competencias prevista en el Decreto Ley 1900 de 1990, en el sentido de que ``el servicio de telefonía móvil celular es de cubrimiento y ámbito nacional´´, quebranta el artículo 34 del citado decreto ley que dispuso que la prestación de los servicios de telecomunicaciones es competencia de las entidades territoriales -departamentales y municipales- en el ámbito de su jurisdicción, y transgrede también los artículos 285, 287, 298, 311 y 356 de la Carta Política, los cuales determinan básicamente que la distribución de los servicios públicos a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, y de sus respectivos organismos descentralizados, corresponde a la ley. Así, el artículo 356 previene que ``salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales...´´; el 285 estatuye que ``fuera de la división general del territorio, habrá las que determine la ley para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado´´; y en concordancia con aquél, están los artículos 287-2, 298 -inciso 2º- y 311, que señalan expresamente que la ley debe definir cuáles son los servicios a cargo de las entidades territoriales.

La norma legal que se estima infringida, artículo 34 del Decreto Ley 1900 de 1990, reza así:

> ``La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional, podrá hacerse, en gestión directa, por las entidades territoriales o por las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a éstas, en el ámbito de su jurisdicción.
>
> ``La Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional podrán prestar estos servicios dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, previa autorización de la entidad territorial respectiva.
>
> ``La prestación de estos servicios en el ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse también por asociaciones formadas entre cualquiera de las entidades mencionadas en los dos incisos anteriores, previa autorización de la entidad territorial respectiva.
>
> ``La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente´´.

A su vez el texto del artículo 1º del Decreto 2824 de 1991, que constituye el centro de la acusación de este primer cargo, es del siguiente tenor:

> ``DEFINICION DEL SERVICIO: El servicio de la telefonía móvil celular se define para efectos de este Decreto como el servicio básico de telecomunicaciones de cubrimiento y ámbito nacional que proporciona en sí mismo la capacidad completa para la comunicación de voz entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular en la que la parte del espectro radioeléctrico asignada constituye su elemento principal.
>
> ``A este principio le serán aplicables las normas del Decreto Ley 1900 de 1990, las del presente Decreto, y las del respectivo contrato de concesión, del que hará parte el pliego de condiciones´´.

Como puede concluirse de los antecedentes reseñados, la esencia del cargo consiste en que mientras la primera de las normas citadas atribuye los servicios de telecomunicaciones a las entidades territoriales, la segunda expresa que el servicio de telefonía móvil celular es ``de cubrimiento y ámbito nacional´´.

Al realizar un análisis de conjunto de las normas contenidas en la Ley 72 de 1989 y en el Decreto Ley 1900 de 1990, la Sala encuentra lo siguiente:

1. La Ley 72 de 1989 en su artículo 5º estableció que ``las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva...´´ y, en su artículo 14 confirió facultades extraordinarias al Gobierno, entre otros aspectos, para reformar las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios del sector de comunicaciones.

2. De conformidad con el artículo 4º del Decreto 1900 de 1990, ``las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente decreto´´.

3. Según el artículo 18, ``el espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inenajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones...´´ y de acuerdo con el artículo 19, ``las facultades de gestión, administración y control del espectro electromagnético comprenden, entre otras, ...el otorgamiento de permisos para su utilización...´´.

4. El artículo 26 expresa que `` el Ministerio de Comunicaciones dictará las normas para asegurar que las redes de telefonía móvil celular que se autoricen en el

territorio nacional sean totalmente compatibles entre sí y con las otras redes a las cuales se van a conectar, de tal forma que se comporten como una red única de cubrimiento nacional y su uso sea transparente para cualquier usuario´´.

5. El artículo 34, ya transcrito, regula la prestación de los servicios de telecomunicaciones en el ámbito de jurisdicción de las entidades territoriales, mientras que el artículo 35 regula la prestación de esos servicios entre localidades del territorio nacional, y el artículo 37 la prestación de los servicios básicos internacionales. A su vez, el artículo 36 prevé que `` las entidades territoriales podrán continuar prestando,... los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo. Igualmente, podrán prestar nuevos servicios dentro de su área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones´´.

6. El artículo 39 manifiesta que ``corresponde al Ministerio de Comunicaciones autorizar previamente el establecimiento, uso, explotación, ampliación, ensanche y renovación de los servicios de telecomunicaciones´´.

7. El artículo 43 prevé que ``las concesiones para la prestación de los servicios de telecomunicaciones serán otorgadas por el Ministerio de Comunicaciones. Podrán ser otorgadas también por las entidades territoriales o las asociaciones legalmente constituídas en que éstas participen, en el ámbito de su jurisdicción, con la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones que podrá ser específica o por tipo de servicio´´.

8. Finalmente, el artículo 44 ordena que ``en las concesiones de servicios de telecomunicaciones, ...se consideran incorporados los reglamentos técnicos y jurídicos establecidos con carácter general para cada servicio´´.

Del contexto general del régimen descrito, para la Sala surge claramente la conclusión de que el gran principio general consiste en que los servicios de telecomunicaciones están a cargo del Estado y concretamente a cargo de la Nación, y sólo excepcionalmente, en cuanto a los servicios que se presten dentro del ámbito de su jurisdicción, dichos servicios pueden estar a cargo de las entidades territoriales, y siempre al amparo del control, y coordinación de la Nación, a través del Ministerio de Comunicaciones, de tal manera que la confrontación de las normas demandadas no puede hacerse exclusivamente frente al artículo 34 del Decreto Ley 1900 de 1990, sino frente al conjunto de normas que conforman ese régimen.

En ese orden de ideas, como la posibilidad excepcional de la prestación de los servicios de telecomunicaciones a cargo de las entidades territoriales, prevista en el artículo 34 del Decreto Ley 1900 de 1990, está condicionada a la prestación del servicio dentro del ámbito de su jurisdicción, en la práctica esa posibilidad depende de que el respectivo servicio pueda efectivamente tener un ámbito de prestación exclusivamente territorial. Es decir, que la aplicación del citado artículo 34 está condicionada a esta situación fáctica.

Y como la competencia consagrada en esta norma es abstracta respecto de los servicios de telecomuncaciones en general, la Sala entiende que lo que hizo el Decreto Reglamentario 2824 de 1991 fue precisar, en relación concretamente con el servicio de telefonía móvil celular, que éste es de cubrimiento y ámbito nacional, por lo cual a él no pueden ser aplicables las reglas de competencia previstas en el citado artículo 34.

Considera la Sala que esta interpretación es la más razonable dentro del contexto normativo analizado y la más compatible con los artículos 26 y 43 del mismo Decreto 1900 de 1990, el primero de los cuales se refiere expresamente a la red única de cubrimiento nacional en materia de telefonía móvil celular, así como frente a los argumentos de orden técnico esgrimidos por el Ministerio de Comunicaciones y que la Sala considera, en concordancia con la señora Agente del Ministerio Público, como suficientemente sólidos en respuesta a los esgrimidos por el demandante.

Esta interpretación ha quedado, además, elevada a categoría legal de manera expresa a través de la Ley 37 de 1993, en cuyo artículo 1º se define el servicio de telefonía móvil celular como ``de ámbito y cubrimiento nacional´´, mientras que, concordantemente con lo anterior, el artículo 3º manifiesta que este servicio ``estará a cargo de la Nación...´´.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones no prospera el cargo en relación con el artículo 1º del Decreto 2824 de 1991. Además, como la alegada ilegalidad de los artículos 2º, 3º y 4º, del mismo decreto y del artículo 1º del Decreto 332 de 1992 está fundamentada en la presunta ilegalidad de la primera norma citada, tampoco prospera el cargo en relación con estas últimas.

SEGUNDO CARGO

a) **Resúmen del cargo**. El Ministerio de Comunicaciones no es la autoridad competente para adjudicar contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones en el ámbito departamental y municipal. Violación del inciso cuarto del artículo 34 del Decreto Ley 1900 de 1990.

Al disponer los artículos 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 y 14 del Decreto 2824 de 1991; los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 332 de 1992, reformatorios del artículo 6º del Decreto 2824 de 1992; y el artículo 1º del Decreto 542 de 1992, reformatorio del artículo 6º del citado Decreto 2824, que la licitación y adjudicación de las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular serán efectuadas por el Ministerio de Comunicaciones, se quebranta aquella norma legal, por cuanto, como se señaló en el cargo anterior, el ámbito de este servicio es fundamentalmente municipal y departamental, y por lo tanto la adjudicación de la concesión para la prestación de dicho servicio en estas esferas compete a la entidad territorial correspondiente.

b) **Razones de la defensa.** En virtud del artículo 43 del Decreto Ley 1900 de 1990 el Ministerio de Comunicaciones sí es la entidad competente para adjudicar los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones incluso en el ámbito departamental y municipal. En virtud de esta norma, posterior y especial a la del inciso 4º del artículo 34 del mismo decreto ley, las entidades territoriales sólo pueden otorgar concesiones de servicios dentro del ámbito de su jurisdicción y siempre en forma subsidiaria a la competencia general y principal que ejerce el Ministerio de Comunicaciones, y previa autorización del mismo.

Por tanto, los artículos acusados en esta censura no sólo no violan el inciso 4º del artículo 34 del Decreto 1900 de 1990, por no ser norma aplicable al servicio de telefonía móvil celular, sino que acatan plenamente las reglas de competencia que señala el artículo 43 del citado decreto ley.

Aún sin la existencia de las normas acusadas, los entes territoriales carecerían de competencia para prestar o conceder el servicio de telefonía movil celular.

c) **Concepto del Ministerio Público.** El hecho de que el artículo 34 del Decreto 1900 haya preceptuado que ``La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional podrá hacerse en gestión directa, por las entidades territoriales...´´ no significa que el legislador extraordinario haya querido eliminar la intervención del Ministerio de Comunicaciones para regular y adjudicar la prestación del servicio de telefonía móvil celular y los respectivos contratos de concesión. Nótese que el término empleado es ``podrá´´, esto es, que se permite que las entidades territoriales presten el servicio, dejando a salvo la competencia general y principal para la prestación del señalado servicio, que no es otro que el Ministerio de Comunicaciones, como se desprende de la referencia que a éste se hace en el Decreto 1900, en sus artículos 5º, 18 y 26.

En cuanto a la facultad para que el Ministerio de Comunicaciones pueda adjudicar los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular en el ámbito departamental y municipal, se desprende de lo reglado que en el artículo 43, ibidem donde también se establece que las entidades territoriales podrán adjudicar tales contratos, pero con la advertencia de que deberá haber previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

d) **Consideraciones de la Sala.** Sostiene el actor que al disponerse por las normas acusadas que la licitación y adjudicación de las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular serán efectuadas por el Ministerio de Comunicaciones, se viola el inciso 4º del artículo 34 del Decreto Ley 1900 de 1990, por cuanto el ámbito de este servicio es fundamentalmente municipal y departamental, y, por lo tanto, la adjudicación de la concesión para la prestación del servicio en esas esferas compete a la entidad territorial correspondiente.

Ciertamente, las normas que en esta censura se acusan de violación de la ley, regulan lo concerniente a la prestación del servicio de telefonía móvil celular me-

diante gestión indirecta, es decir, mediante concesión, señalando que el trámite para tal efecto es el que corresponde al procedimiento de la licitación pública previsto en el Decreto 222 de 1983 o en las normas que lo modifiquen o adicionen, y que la autoridad competente para adjudicar es el Ministerio de Comunicaciones.

Sin embargo, si como quedó definido en el análisis del cargo anterior, el servicio de telefonía móvil celular es del ámbito nacional, como una consecuencia lógica se desprende que la adjudicación de los contratos de concesión para la prestación de este servicio corresponda al órgano de la Nación competente, que por la materia es el Ministerio de Comunicaciones.

En consecuencia, el cargo no prospera.

TERCER CARGO

a) **Resumen del cargo.** Violación del artículo 28 del Decreto Ley 1900 de 1990, por cuanto el Decreto Reglamentario 2824 en su artículo 1º repitió la definición de la ley para introducir en ella un elemento nuevo que no está en aquella y es el referente a que ``el servicio de telefonía móvil es de cubrimiento y ámbito nacional´´. Este nuevo elemento determina que se califica como nacional un servicio que técnicamente es local, lo que genera una alteración jurídica de las competencias produciéndose así una atribución para la prestación de un servicio que no le corresponde, ya que en manera alguna se le ha asignado por la ley.

b) **Las razones de la defensa.** La ley no define la ``telefonía celular´´, por ello la definición del reglamento no puede apartarse de la legal. Lo que el artículo 28 del Decreto Ley 1900 hace es desarrollar una clasificación de los servicios de telecomunicaciones que se puede ir discriminando. No se desarrollan las definiciones porque precisamente el legislador extraordinario estableció unas pautas generales para la reglamentación de servicios como el de telefonía móvil celular, cuya definición se enmarca dentro de esas pautas sin crear elementos adicionales.

c) **Concepto del Ministerio Público.** Es claro que el Decreto Ley 1900 de 1990 no contiene una definición sobre qué se entiende por telefonía celular, luego mal podría afirmarse que existe contradicción entre dos conceptos cuando uno de ellos no existe legalmente.

En consecuencia, dice la Procuraduría, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues el gobierno se movió en la expedición del Decreto 2824 de 1991, y de los que lo modifican y aclaran, dentro del espacio que le otorga el ejercicio de potestad reglamentaria.

d) **Consideraciones de la Sala.** Este cargo consiste, como atrás quedó reseñado, en que la definición del decreto reglamentario de la telefonía móvil celular excedió a la legal. Bastaría ciertamente decir, como lo sostiene la defensa, que la ley

no define propiamente a la telefonía móvil celular, como se dejó dicho en el examen del primer cargo, y, por esta simple razón no puede hablarse de que se apartó de la definición legal. La ley lo que hace es definir un género, los servicios básicos de telecomunicaciones, dentro de los cuales caben varios servicios como especies, siendo uno de ellos el de la telefonía móvil celular. Pero si, como es claro, este cargo también se fundamenta en que el servicio de telefonía móvil celular es del ámbito municipal y departamental, lo cual quedó desvirtuado en el análisis del cargo primero, este último cargo tampoco puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Adminstrativo, Sección Primera, administando 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:

Primero. DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Segundo. Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PROTECCION A LA PRODUCCION DE ALIMENTOS

Advierte la Sala que la protección a la producción de alimentos y la promoción de la investigación y transferencia de tecnología, que está a cargo del Estado, no excluye para su ejecución el concurso de personas naturales o jurídicas, pues, de una parte, la norma constitucional no lo hace, y, de otra parte, al hacer una interrelación con otras normas contenidas en la Carta Fundamental se extrae que por el contrario ellas buscan apoyar la participación del sector privado en las tareas del Estado.

ICA-Reestructuración/ICA-Objetivo

EL ICA como Integrante del Programa de Ciencia y Tecnología Agropecuarias, cuya participación se prevé en los artículos 4º y 5º en estudio, tiene injerencia directa en el manejo que corresponde dar al Estado a la investigación y transferencia de tecnología, lo cual constituye precisamente su principal objetivo, y esta circunstancia lejos de restarle autonomía le garantiza a la entidad su adecuada participación en el Programa permitiendo de esta forma una contribución más eficiente en la promoción de la investigación y transferencia de tecnología en el área agropecuaria.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Temporalidad/SUPRESION DE EMPLEOS/GOBIERNO NACIONAL - Facultades

Las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el aludido precepto transitorio llevan ínsita la facultad de supresión de cargos o empleos. De tal manera que si la voluntad del

constituyente fue la de que dentro del término de 18 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución el Gobierno Nacional suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades que allí se mencionan y para cumplir los fines allí previstos, de antemano facultó a la autoridad competente para suprimir los cargos o empleos como consecuencia de la reestructuración en la medida en que se requiera para adecuar la estructura de la entidad a las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente del resarcimiento del daño que se cause a su titular en áreas del interés público.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).
Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº 2309. Acción: Nulidad Actor: Juán Manuel Arrieta Herrera y otro.

Los ciudadanos JUAN MANUEL ARRIETA HERRERA y LUIS RAUL VANEGAS ALVARADO, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan de esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto 2141 de 30 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura el Instituto Colombiano Agropecuario", proferido por el Gobierno Nacional.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala la parte actora como vulnerados con el acto acusado el Preámbulo de la Constitución Política y los artículos 1º, 2º, 5º, 24, 42, 44, 53, 65, 70, 72, 81, 93, 94, 125, 150 numeral 7º, 153, 189 numerales 15 y 16, 334, 339, 345, 355 y transitorio 20 ibídem; 5º y 7º del Decreto 1050 de 1968.

Fundamenta en síntesis el alcance de la violación así:

1. El ICA desde su creación como establecimiento público (Decreto 3116 de 18 de diciembre de 1963), ha tenido como razón de ser atender las funciones de regulación y control e investigación científica y transferencia de tecnología, siendo las dos últimas las más importantes porque a través de ellas el Estado Colombiano ha logrado avances y contribuciones en el incremento de la productividad de alimentos, materias primas, y, en general, productos agropecuarios.

En el artículo 2º, párrafo 2º del decreto acusado el gobierno lo que hace es entregar la investigación agropecuaria y la transferencia de tecnología a la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria, creada por iniciativa del sector privado y con participación del ICA, el cual sólo se reserva la financiación de proyectos de investigación, violándose así los artículos 65, 70, 81, 334 y 335 de la Carta, pues a la producción de alimentos dejará de dársele la protección especial por parte

del Estado; no se estaría promoviendo la investigación científica y la transferencia de tecnología; no se cumple la promoción que el Estado debe dar a la productividad al abandonarse las funciones de investigación y transferencia de tecnología y convirtiéndose el ICA en un simple organismo de financiación de proyectos de investigación; y el presupuesto asignado será para atender la contratación con la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria, con lo cual inconstitucionalmente pasarán los recursos (donaciones o auxilios) a entidades particulares.

La derogatoria del artículo 140 del Decreto Ley 501 de 1989 por parte del artículo 35 del Decreto 2141 no tiene objetivo diferente de eliminar como función del ICA, la contribución al desarrollo de la economía nacional, a través de la investigación para la transferencia de tecnología, capacitación y la protección de la producción agropecuaria.

No se cumplió el mandato constitucional de tener en cuenta la evaluación y recomendaciones de la comisión a sabiendas de que los reparos provenían de quienes constituían la verdadera conciencia jurídica de ese organismo asesor.

2. Se violó el artículo transitorio 20 por las siguientes razones:

a) La fusión, supresión o reestructuración del ICA no se realizó dentro del término fijado, pues se está asistiendo simplemente a un proceso de privatización de funciones públicas que la Constitución no admite y sí por el contrario resulta perjudicial a los intereses de la Nación.

b) La reestructuración no aparece en el decreto pues en el artículo 7º se precisa como labor de la junta directiva, la adopción de la estructura interna y la planta de personal.

Así mismo, de los artículos 13 a 18 se deduce que la administración no hizo la reestructuración dentro de los 18 meses, sino que está por hacerse, dejando dicha facultad a la gerencia y a la Junta Directiva del ICA.

c) El Decreto acusado pone en entredicho el interés que la Constitución Nacional presenta en torno de la investigación científica y la transferencia de tecnología; está en contravía con los intereses de la Nación y de la aspiración de un mejor estar, cuyo camino no ha de ser otro que el indicado en el artículo 1º de aquélla.

d) El artículo 5º del decreto es abiertamente contrario al artículo transitorio 20 por cuanto la participación o no del ICA en el Consejo del Programa Nacional de Ciencias y Tecnología Agropecuaria, nó forma parte ni es tema de la reestructuración de la entidad.

3. Se vulneró el artículo 210 de la Constitución al someterse al ICA a las determinaciones que tome el Consejo del Plan Nacional de Investigación y Transferencia de Tecnología Agropecuarias y a la asignación de recursos que para dichos

proyectos se aprueben por iniciativa de los asesores, pues ello limita en sumo grado la autonomía del establecimiento público atentando contra los artículos 5º y 7º del Decreto 1050 de 1968.

4. Se quebrantaron los artículos 158 y transitorio 20 de la Carta, por cuanto el decreto acusado contiene normas que no se relacionan con la reestructuración del ICA, como la relativa al Consejo del Programa Nacional de Ciencia y Tecnología que no es una dependencia del ICA, transgrediéndose así el principio de la especialidad.

5. Se violaron el Preámbulo de la Constitución y los artículos 1º y 25 de la misma, ya que no se asegura el trabajo lanzando mediante la reestructuración y el recorte de la planta de personal a miles de empleados del ICA.

6. Se infringen los artículos 53, 125 y 334 ibídem porque el Decreto 2141 ataca no sólo al personal escalafonado sino también al denominado de libre nombramiento y remoción.

La intervención del Estado en la economía tiene como primer objetivo el pleno empleo y como consecuencia del mismo el acceso efectivo a los bienes y servicios, lo cual no se cumple lanzando a la calle a la población, dejándola sin empleo, pues ello crea todo lo que no quiso la Constitución: prostitución, delincuencia, incremento de la pobreza, etc.

Si ni aún en estado de conmoción el Gobierno puede desmejorar los derechos de los trabajadores, mucho menos en estado de normalidad. La Corte ha sido clara en catalogar a la carrera administrativa como "derecho adquirido".

7. Se violó el artículo 93 de la Constitución Política ya que los artículos 25, 53 y 125 del decreto acusado desconocen tratados internacionales sobre la materia.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 25 de marzo del presente año se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto enjuiciado.

II.1. Al contestar la demanda el Departamento Nacional de Planeación se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo lo siguiente:

Una cosa es que la Constitución ordene al Gobierno apoyar y promover de manera especial el desarrollo del sector agropecuario y otra distinta que tenga que ejecutar directamente las labores para conseguir tales objetivos. No puede mezclarse la función de reestructuración y ordenamiento de la administración emanadas del artículo transitorio 20, con las funciones propias del ejecutivo de determinar la estructura interna de los organismos de la administración.

No puede entenderse la misión que tiene el Estado de proteger el trabajo y los trabajadores, como una prohibición rotunda de despedir empleados.

II.2. El Ministerio de Agricultura al contestar la demanda expresó en síntesis lo siguiente:

1. La producción de alimentos cuya protección por parte del Estado alude el artículo 65 de la Carta Política puede lograrse de muy diferentes maneras: a través de subsidios, importación de insumos, concesión de créditos especiales a ciertos sectores agropecuarios, adquisición directa de productos por el Estado, estímulo a la investigación científica aplicada a la producción agrícola y pecuaria, etc., mecanismos éstos que la Constitución deja en manos del Gobierno y de las autoridades competentes.

No puede afirmarse que la Constitución obligatoriamente establece que el Gobierno deba ejercer por sí la investigación en el área agrícola con prescindencia del sector privado. De tal manera que el acto acusado no está creando en favor de personas privadas naturales o jurídicas el privilegio de la investigación o transferencia de tecnología, ni excluye la realización en forma directa por el Gobierno.

2. La normatividad del Decreto 2141 de 1992 reposa sobre la reubicación del ICA dentro del aparato administrativo del Estado, la reasignación de funciones y competencias de los órganos de dirección y administración de la entidad.

Bajo la perspectiva del artículo 150 numeral 7º de la Constitución ha de entenderse el ejercicio de las facultades conferidas al Ejecutivo por el Constituyente de 1991.

El Gobierno en cumplimiento del mandato constitucional dispuso conferir a la junta directiva del ICA, como establecimiento público que es, entre otras cosas, la función de adoptar los estatutos, la estructura interna y la planta de personal. La asignación de estas tareas es constitucional y válida a la luz de la anterior y de la nueva Carta.

El señalar un plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 1993 para el ejercicio de tales funciones que por ley le corresponden a la junta directiva no implica que la reestructuración autorizada por el artículo transitorio 20 se hubiera prorrogado, pues la adopción de los estatutos y de la planta de personal no es una función legislativa sino administrativa.

3. Frente a la violación del artículo 210 de la Constitución no se da la supuesta infracción ya que la Constitución defiere a la ley el *quantum* de la autonomía en la descentralización por servicios, además que el precepto acusado deja ver claramente que los planes de investigación y transferencia de tecnología no se le imponen al ICA, de tal modo que no resulta cierto afirmar que éste quede sometido inexorablemente a las determinaciones del Consejo del Plan Nacional de Investigación y Trans-

ferencia de Tecnología, amén de que la asesoría no conlleva la imposición de medidas ni hace obligatorio el seguimiento de lo sugerido por los asesores.

4. En cuanto a la violación del principio de la especialidad (artículo 158 de la C.P.) y del artículo transitorio 20 no expresa la demanda qué norma superior resulta desconocida por el Decreto 2141 de 1992, ni observa que alguno de los artículos constitucionales resulte violado con el hecho de que el Ministro de Agricultura y el gerente del ICA hagan parte del Consejo.

5. La invocación del derecho al trabajo no puede hacerse en desmedro de los intereses generales en el campo de la función administrativa, pues dentro de una organización racional y eficaz de la función no puede considerarse que deba absorberse la mano de obra que no se necesita o que sea improductiva, inmoral o disfuncional.

6. En cuanto a la violación del artículo 25 de la Constitución se responde que no se trata de un despido indiscriminado y masivo de empleados del ICA sino de acomodar la planta de personal a las necesidades del instituto.

7. A la violación de los artículos 53, 125 y 334 ibídem se contesta:

La regulación de la carrera administrativa no contiene un derecho incondicional del empleado a permanecer en el cargo, sino que tal derecho está supeditado al cumplimiento de ciertas condiciones: que se requiera para la satisfacción de las necesidades administrativas del Estado, que el empleado cumpla con las funciones y deberes del empleo y observe buena conducta, entre otras.

La propia Constitución Política autoriza a la ley para establecer las causales de retiro del servicio, una de las cuales es la supresión del empleo.

II.3. En la etapa procesal de alegaciones de las partes el apoderado del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, y a su vez apoderado sustituto del Ministerio de Agricultura, presentó escrito oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones del libelo demandatorio, manifestando al efecto, en resumen, lo siguiente:

1. De la lectura del artículo 65 de la Constitución Política palmariamente se deduce que en el citado artículo se dispone es que el Estado PROMOVERA la investigación científica y la transferencia de tecnología para incrementar la productividad. Para tal promoción el Estado no tiene la obligación de asumirla en forma exclusiva y excluyente del concurso del sector privado.

La promoción de la investigación es la tarea que la Carta atribuye al Estado y su cometido lo puede cumplir bien directamente o mediante el concurso de otras entidades e incluso contribuyendo económicamente para estimular la investigación mediante contratos con organismos científicos o personas naturales de reconocida solvencia intelectual.

La Corporación Colombiana de Investigaciones Agropecuarias resulta ser una entidad pública y por tanto no puede ocurrir que al celebrar contratos con ella se vulnere el artículo 334 de la Constitución.

El texto del artículo 2º del decreto acusado no se presta a duda en cuanto que al ICA le corresponde adelantar la investigación y la transferencia de tecnología en el área agropecuaria.

No tiene fundamento el cargo en cuanto a que no se oyó el concepto de la comisión asesora, pues precisamente siguiendo parcialmente la sugerencia de los Consejeros de Estado integrantes de aquélla se adoptó el texto definitivo del Decreto 2141 de 1992, que consagró una solución diferente a la inicialmente presentada (folios 8, 9, 15, 75 y 76 del cuaderno de pruebas).

Del examen atento del decreto se desprende que la reforma varió la modalidad de ejercer las funciones tradicionales del ICA, las cuales siguen siendo suyas, aunque puede asociarse en mayor o menor medida para su cumplimiento, lo cual propicia la competencia y la productividad en el área de la investigación, satisfaciendo así la aspiración del inciso final del artículo 334 de la Constitución.

2. No es cierto que los particulares no puedan participar en las tareas de investigación y transferencia de tecnología, supuesto que fueran privativas del Estado, pues la Constitución (inciso 2º artículo 210) permite el desempeño de funciones públicas por parte de particulares.

El artículo 337 ibídem dispone adicionalmente que "la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común ...".

La orientación filosófica y política de la Constitución no dá pie para sostener, en materias como las que se relacionan con la investigación científica y la transferencia tecnológica, la existencia de un monopolio estatal, pues ello induciría a un aislacionismo inconcebible y ese sí perjudicial para el desarrollo del país.

El decreto acusado fue expedido dentro del término de 18 meses contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución y consagra en sus 35 artículos los elementos propios de la estructura orgánica y funcional del ICA. Por ello no se puede afirmar que a través de él no se reestructuró el ICA.

Al igual que el Decreto Ley 501 de 1989, el artículo 7º numeral 2º del Decreto 2141 de 1992 dispuso que la Junta Directiva de la entidad tenía competencia para adoptar sus estatutos. Estas funciones no son legislativas sino administrativas como se desprende del hecho que la propia Constitución en el artículo 189 numerales 15 y 16 atribuya en el sector central tal cometido al Gobierno y que las normas legales (artículo 26 del Decreto Ley 1050 de 1968) las atribuyan en el sector descentralizado por servicios a las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado.

El hecho de que el Ejecutivo en virtud de poderes transitorios de naturaleza legislativa haya fijado plazos a los órganos administrativos para que dentro de ellos cumplieran las funciones administrativas que les son propias de adoptar estatutos, estructura interna y planta de personal, no las convierte en funciones de naturaleza legislativa.

3. En lo que atañe a la infracción del artículo 210 de la Constitución, el Decreto acusado deja ver claramente que los planes de investigación y transferencia de tecnología agropecuarias no se le imponen al ICA, sino que la junta directiva puede aprobar programas de investigación para cumplir los planes y así realizar, financiar o contratar su ejecución.

4. El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología tiene, dentro de sus varias funciones, la de dirigir y coordinar el Sistema Nacional de Ciencia y ser asesor del Gobierno en estas materias.

Dentro de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología está el Consejo de Ciencia y Tecnología Agropecuaria. Por lo tanto su regulación dentro del Decreto 2141 no es materia extraña a la propia naturaleza de las funciones asignadas al ICA y por lo mismo no se viola el principio de la especialidad.

5. En lo que respecta a la violación del Preámbulo y del artículo 1º de la Constitución cabe advertir que uno de los fundamentos tradicionales de la Nación ha sido la prevalencia del interés general. Por eso los intereses particulares o de grupos por importantes que sean no pueden sobreponerse a lo que el legislador estime sean los intereses generales.

La invocación del derecho al trabajo no puede hacerse en desmedro de los intereses generales pues ello llevaría a extremos insoportables para el propio Estado.

6. Al cargo de violación del artículo 25 de la Carta se responde que en el ICA no se produjo un despido indiscriminado y masivo de empleados sino de un acomodamiento de la planta de personal a las necesidades del Instituto.

En los artículos 20 y 22 del decreto acusado se prevé en favor de los trabajadores escalafonados, en período de prueba y para los que no se hallen en carrera, un régimen indemnizatorio y de bonificaciones que busca compensar los efectos de la aplicación del mandato constitucional.

Por lo demás, no existe derecho adquirido a no ser removido del empleo por efecto de la reestructuración o modificación de la planta de personal.

7. A los cargos de violación de los artículos 53, 125 y 334 de la Constitución se contesta:

La regulación de la carrera no confiere un derecho incondicional del empleado a permanecer en el cargo y el Estado no pierde la facultad de producir acomodamientos en la planta de personal en función de las necesidades generales del servicio.

La estabilidad desde antes de la nueva Constitución está supeditada a las regulaciones legales y reglamentarias vigentes, esto es, a la condición de que los cargos pueden desaparecer y los empleados cesantes puedan eventualmente ocupar otros, o en su defecto obtener indemnizaciones, bonificaciones y otras ventajas.

8. El Decreto acusado no contiene norma alguna que impida la libre elección del trabajo por parte de los trabajadores en general, ni deroga el principio salario igual por trabajo igual, ni prohíbe que la remuneración laboral sea equitativa y satisfactoria, que son los preceptos del artículo 23 de la Carta Internacional de Derechos Humanos que se predican infringidos.

Por lo que hace a los derechos y principios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tampoco ellos pueden resultar infringidos ya que en el decreto impugnado no se toman medidas en contra de la existencia y estímulo a la orientación y formación de los empleados, ni contra la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a impedir un desarrollo económico y cultural constante del individuo.

III. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación estima que debe prosperar la nulidad del artículo 17 del decreto acusado que regula el programa de supresión de empleos por cuanto el Gobierno sí modificó, en el sentido de ampliar, el término de 18 meses previsto en la autorización constitucional.

En cuanto a los demás cargos, no están llamados a prosperar por las siguientes razones:

1. De lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 2º del Decreto 2141 de 1992 no se puede afirmar que se le esté quitando al ICA la función principal de investigación y transferencia de tecnología.

2. Si se analizan los primeros artículos del decreto bien puede observarse que se hicieron cambios o modificaciones en la estructura interna del ICA.

3. La simple afirmación de la demanda de la transgresión del artículo 65 de la Constitución no demuestra por sí sola que se releve al Estado del deber de brindar especial protección a la producción de alimentos y sí por el contrario el Gobierno lo que parece propender es por la promoción de la investigación al permitir que ella pueda ser compartida con personas naturales o jurídicas.

4. Lo regulado en los artículos 4º y 5º del citado decreto no es materia completamente diferente a la reestructuración del ICA.

No se violan los artículos 1º, 25, 53, 93 y 125 de la Carta Política pues cuando se modifica la estructura de una entidad implícitamente conlleva la creación de cargos o

empleos y la modificación de las funciones en los distintos niveles o dependencias que hacen parte de ella, e incluso tiene cabida la variación de la denominación de la misma y la reasignación de funciones.

IV. LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Plantea el actor el cargo de violación de los artículos 65, 70, 81, 334 y 335 de la Constitución Política por parte del párrafo 2º del artículo 2º del Decreto 2141 de 1992.

Para una mejor comprensión del cargo se transcribirá el texto completo de la norma en comento:

> "**Objetivos.** El Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, tiene como objetivo contribuir al desarrollo sostenido del sector agropecuario mediante la investigación, la transferencia de tecnología y la prevención de riesgos sanitarios, biológicos y químicos para las especies animales y vegetales.
> Las actividades de investigación y transferencia de tecnología serán ejecutadas principalmente mediante la asociación con personas naturales o jurídicas".

El artículo 65 de la Carta Política impone como deber al Estado la protección de la producción de alimentos y la promoción de la investigación y transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario a fin de incrementar la productividad.

Del contenido del inciso 1º del artículo 2º del decreto acusado se infiere claramente que él señala como objetivo del ICA contribuir al desarrollo sostenido del sector agropecuario mediante la INVESTIGACION Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA, y, en armonía con esta disposición, el artículo 3º ibídem estatuye como funciones del Instituto, entre otras, las de asesorar al Ministerio de Agricultura en la formulación de la política y los planes de investigación agropecuaria, transferencia de tecnología, etc.; apoyar y financiar los programas de capacitación de los asistentes técnicos y extensionistas; promover y utilizar estrategias de información científica y tecnología; propiciar los convenios de cooperación técnica nacional e internacional en las áreas de investigación y transferencia de tecnología y de protección a la producción agropecuaria, etc.

De tal suerte que la protección y promoción que propende el citado cánon constitucional frente a la investigación y transferencia de tecnología no ha sido sustraída de la órbita del ICA. Otra circunstancia muy diferente es la relativa a la

ejecución de las actividades de investigación y transferencia tecnológica. Sobre este particular advierte la Sala que asiste razón al apoderado del ICA, pues no puede darse al artículo 65 el alcance que pretende la parte actora ya que la protección a la producción de alimentos y la promoción de la investigación y transferencia de tecnología, que está a cargo del Estado, no excluye para su ejecución el concurso de personas naturales o jurídicas, pues, de una parte, la norma constitucional no lo hace, y, de otra parte, al hacer una interrelación con otras normas contenidas en la Carta Fundamental se extrae que por el contrario ellas buscan apoyar la participación del sector privado en las tareas del Estado. Así por ejemplo, el artículo 71 consagra como deber del Estado crear incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología; el artículo 339 prevé la existencia de un Plan Nacional de Desarrollo para que el Estado pueda cumplir sus objetivos, metas y prioridades entre otros en el ámbito económico, que es la base para que conforme al artículo 355 el gobierno pueda celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público.

Al no darse la transgresión del artículo 65 de la Carta, los cargos de violación de los artículos 70, 81, 334 y 335, consecuenciales de aquélla, no están llamados a prosperar.

En cuanto a las recomendaciones de la comisión evaluadora cabe tener en cuenta lo siguiente:

El proyecto o propuesta de reestructuración del ICA sometido a consideración de la comisión integrada por tres representantes del Consejo de Estado, el Alcalde Mayor de Bogotá en representación de la Federación Colombiana de Municipios y representantes del Gobierno Nacional, señalaba como objetivos:

> "a) Financiar y promover la investigación y la transferencia de tecnología agropecuaria, y
>
> b) Prevenir los riesgos sanitarios, biológicos y químicos para la salud humana, el medio ambiente y las poblaciones animal y vegetal.
>
> Parágrafo: Las actividades de investigación y de transferencia serán ejecutadas directamente por las entidades con las cuales el ICA se asocie o contrate para tales fines" (folio 93, cuaderno anexo).

Sobre este punto los representantes del Consejo de Estado hicieron la objeción de que no sólo se deroga la función esencial del ICA - que constituye su razón de ser-, la investigación, sino que se le prohíbe realizarla directamente, para que la asuman sobre todo, entidades privadas (folio 89, acta Nº 7, folio 14, ibídem). Si se analiza la redacción del artículo 2º del Decreto 2141 de 1992, se observa que se modificó el texto del mismo en relación con el proyecto inicial, pues, de una parte se indicó como principal objetivo el de **contribuir al desarrollo sostenido del sector agropecuario mediante la investigación**, lo cual armoniza con la preceptiva del

artículo 65 de la Carta Política, y, de otra parte, al emplear la expresión "principalmente" y no "directamente" para referirse a la ejecución de las actividades de investigación y transferencia de tecnología mediante la asociación con personas naturales o jurídicas, le da una connotación diferente a la inicialmente regulada pues no está excluyendo al instituto para ejecutar tales actividades.

En este sentido estima la Sala que fueron tenidas en cuenta las recomendaciones o sugerencias plasmadas en el memorando de 10 de noviembre de 1992 suscrito por los tres representantes del Consejo de Estado.

Sin embargo resulta oportuno hacer claridad en cuanto a que la evaluación y recomendaciones de la comisión no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional porque de considerarse así el proceso de reestructuración, fusión o supresión no dependería del ejercicio de una función de éste sino de aquélla.

Ha de entenderse que el querer del constituyente no fue otro que el de que expertos en administración pública y derecho administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran al gobierno en la tarea asignada, asesoría ésta que no va más allá de aconsejar, sugerir, o ilustrar.

2. Invoca la actora la violación del artículo transitorio 20 y señala como razones fundamentales: que la reestructuración no se hizo dentro del plazo, ya que está por hacerse toda vez que dicha facultad se dejó a la Gerencia y Junta Directiva del ICA; y que el decreto pone en entredicho el interés que la Constitución presenta en torno de la investigación científica.

Sobre el particular tiene la Sala en cuenta lo siguiente:

De la comparación entre las normas del Decreto 501 de 1989 y las del Decreto acusado se advierte que dentro de los objetivos de la entidad regulada en el Decreto 2141 de 1992 se incluyó la prevención de riesgos sanitarios, biológicos y químicos para las especies animales y vegetales, además que se previó para la ejecución de las actividades del ICA la participación de personas naturales o jurídicas.

En virtud de lo anterior hubo lugar a ampliar las funciones del Instituto.

Así mismo, se previó la participación del ICA en el Consejo Nacional de Ciencias y Tecnología Agropecuarias lo que condujo igualmente a la asignación de funciones para el instituto y a la variación en la composición de la junta directiva, adicionándole funciones a ésta y excluyendo otras como las relativas a la autorización de celebrar contratos de empréstito externo e interno y la de tener en cuenta el plan sectorial o las políticas, estrategias, programas y proyectos definidos por el Conpes.

De lo anterior se deduce que efectivamente operó en el Instituto Colombiano Agropecuario una reestructuración, esto es, un cambio o modificación en su estructura.

Ahora, dicha reestructuración fue determinada en el referido Decreto 2141 de 30 de diciembre de 1992, pues a través de él se señaló la naturaleza, objetivos, funciones, órganos de dirección y administración, y se reguló la dependencia del ICA: el fondo de emergencia sanitaria, en lo relativo a sus recursos y administración de los mismos.

Todos estos elementos hacen parte del andamiaje o estructura de una entidad.

En relación con las funciones que el gobierno mediante el decreto acusado le delegó a la junta directiva del ICA y que concreta la actora en los artículos 7º y 13 a 18, la Sala hace las siguientes precisiones:

El artículo 150 de la Constitución Política prescribe:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones (...).

7. Determinar la estructura de la administración nacional, y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica ...".

El artículo 189 ibídem le otorga al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, entre otras, las siguientes funciones:

"15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.

16. Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley".

Del contenido de las disposiciones transcritas se infiere que la facultad que le dio el artículo transitorio al Gobierno Nacional para que fuera ejercida dentro del término de 18 meses, contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, sin duda alguna tiene carácter legislativo, pues teniendo en cuenta que para la época de expedición de la nueva Carta el Congreso se hallaba en receso originado por la revocatoria de su mandato, no podía el gobierno hacer uso de las atribuciones constitucionales contenidas en los numerales 15 y 16, de carácter administrativo, pues para ello era menester que obrara CON SUJECION O DE CONFORMIDAD CON LA LEY.

Estando demostrada la naturaleza legislativa de la función excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, ciertamente, y en este sentido la Sala rectifica la posición que ha venido sosteniendo, frente al señalamiento del plazo para que la junta directiva o el consejo directivo de los establecimientos públicos y de

las empresas industriales o comerciales del Estado, adecuen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas dentro del plazo de 18 meses, en cuanto a que no puede considerarse aquél como una prórroga de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional pues tales organismos tienen dichas funciones de carácter administrativo en forma permanente (artículos 26 literal b) Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978) para lo cual no requieren de autorización expresa ni de la indicación de término alguno para su ejercicio, sino que ha de entenderse como que se trata de un término que cumple un fin específico circunscrito a los efectos de la decisión adoptada de reestructurar, fusionar o suprimir la entidad y respecto de la indemnización de las personas que como consecuencia de aquélla resulten privadas de su cargo o empleo.

Por esta razón no está llamado a prosperar el cargo.

Como la otra inconformidad que formula la actora en este cargo, consistente en que el decreto acusado pone en entredicho el interés que la Constitución tiene en torno de la investigación científica, guarda relación con el primero, las consideraciones efectuadas para éste también sirven de fundamento para despachar desfavorablemente el segundo cargo.

3. Plantea la actora el cargo de violación del artículo 210 de la Constitución Política, por cuanto el decreto impugnado somete al ICA a las determinaciones que toma el Consejo del Plan Nacional de Investigaciones y Transferencia de Tecnología Agropecuarias, lo cual limita la autonomía del instituto, transgrediéndose así los artículos 5º y 7º del Decreto 1050 de 1968.

Para la Sala no asiste razón a la actora. En efecto, prevén los artículos 4º y 5º del Decreto 2141 de 1992:

"Artículo 4º. Participación en el consejo. El Ministro de Agricultura y el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, formarán parte del Consejo del Programa Nacional de Ciencia y Tecnología Agropecuarias, creado por el Decreto Ley 585 de 1991. El Ministro de Agricultura presidirá las sesiones del Consejo y en su ausencia el Consejo elegirá de su seno un presidente".

"Artículo 5º. Secretaría Técnica. La Secretaría Técnica y administrativa del Consejo del Programa Nacional de Ciencia y Tecnología Agropecuarias será ejercida conjuntamente por el ICA y Colciencias, por medio de dos asesores técnicos permanentes cuyas funciones serán las siguientes:

1. Elaborar y presentar a consideración del Consejo el Plan Nacional de Investigación y Transferencia de Tecnología Agropecuarias la respectiva propuesta de asignación de recursos, previa revisión de un Comité Técnico integrado por los asesores, el director del programa de ciencias agropecuarias de Colciencias y el director general de planificación del Ministerio de Agricultura.

Efectuar el seguimiento y la evaluación del Plan Nacional de Investigación y Transferencia Agropecuarias y de sus programas generales, y proponer los ajustes y modificaciones que fueran necesarias.

Asesorar a la Junta Directiva y al Gerente del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, en la programación, financiación y coordinación de las actividades que conforman el plan nacional de investigación y transferencia de tecnología agropecuarias".

El Decreto Ley 585 de 1991 creó el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología para desarrollar programas de ciencia y tecnología.

Según el artículo 5º del citado decreto un programa de ciencia y tecnología es "un ámbito de preocupaciones científicas y tecnológicas estructurado por objetivos, metas y tareas fundamentales que se materializa en proyectos y otras actividades complementarias que realizarán entidades públicas o privadas, organizaciones comunitarias o personas naturales".

El programa Nacional de Ciencia y Tecnología es tan sólo uno de los programas que tiene por objeto desarrollar el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, como se infiere del artículo 4º, ibídem.

A dicho Consejo conforme lo dispone el artículo 8º del mismo decreto le han sido asignadas 18 funciones, entre las cuales se destacan las siguientes:

Asesorar al Gobierno Nacional en ciencia y tecnología; proponer al Gobierno estrategias para incorporar la ciencia y tecnología en los planes de desarrollo económico y social a fin de estimular la capacidad innovadora del sector productivo y dar incentivos a la creatividad aprovechando sus producciones en el mejoramiento de la vida y la cultura de los colombianos; fijar las políticas para asegurar la transferencia de tecnología, etc.

Lo anterior permite afirmar que las decisiones que se adopten en cada uno de los programas son las que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional para poner en marcha los planes de desarrollo económico y social en cuanto a ciencia y tecnología se refiere. De tal manera que el ICA como integrante del Programa de Ciencia y Tecnología Agropecuarias, cuya participación se prevé en los artículos 4º y 5º en estudio, tiene injerencia directa en el manejo que corresponde dar al Estado a la investigación y transferencia de tecnología, lo cual constituye precisamente su principal objetivo, y esta circunstancia lejos de restarle autonomía le garantiza a la entidad su adecuada participación en el programa permitiendo de esta forma una contribución más eficiente en la promoción de la investigación y transferencia de tecnología en el área agropecuaria.

4. El análisis anterior demuestra que el capítulo II del Decreto 2141 de 1992 referente a la participación del ICA dentro del Consejo del Programa de Nacional de Ciencia y Tecnología Agropecuarias, no es ni puede ser materia extraña a la rees-

tructuración, como quiera que el señalamiento de funciones dentro de las actividades que corresponde efectuar al instituto para cumplir sus objetivos, es inherente a la estructura del mismo.

En consecuencia, no prospera el cargo por violación de los artículos 158 y transitorio 20 de la Constitución Política.

5. En lo concerniente a la supresión de empleos y la consiguiente violación que aduce la actora del Preámbulo de la Constitución y de los artículos 1º, 25, 53, 93, 125 y 334, ibídem, estima la Sala que las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el aludido precepto transitorio llevan ínsita la facultad de supresión de cargos o empleos. De tal manera que si la voluntad del constituyente fue la de que dentro del término de 18 meses contado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución el Gobierno Nacional suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades que allí se mencionan y para cumplir los fines allí previstos, de antemano facultó a la autoridad competente para suprimir los cargos o empleos como consecuencia de la reestructuración en la medida en que se requiera para adecuar la estructura de la entidad a las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente del resarcimiento del daño que se cause a su titular en áreas del interés público.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, expresó:

"... El Estado, en el sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estructura a las circunstancias que hoy le exigen eficiencia y celeridad en el cumplimiento de las múltiples responsabilidades que le competen...".

"... Nada de lo dicho podría cumplirse a cabalidad sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento ...".

"... Para hacerlo, el gobierno dispone, entre otros instrumentos, de las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Constitución Política ...".

"... De allí que, si fuere necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad con las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los dos casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado".

En este sentido asiste razón a los apoderados del Ministerio de Agricultura y del ICA en cuanto a que no existe derecho adquirido a no ser removido del empleo por efecto de la reestructuración o modificación de la planta de personal y que la regulación de la carrera administrativa no confiere un derecho incondicional al empleado de permanecer en aquél, pues ante todo el interés general tiene primacía sobre el interés particular o de grupos.

Las anteriores consideraciones justifican la denegatoria de 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 DENIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

2º Reconócese al abogado HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE como apoderado del Ministerio de Agricultura y del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, en los términos del memorial de sustitución y poder a él conferidos.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 9 de septiembre de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CODIGO DEPARTAMENTAL DE POLICIA/PROMULGACION

La falta de la promulgación no conduce a la nulidad del acto cuando éste sólo produce efectos al interior de la Administración. No así cuando éste trasciende a los ciudadanos quienes deben cumplirlo y obedecerlo precisamente en virtud de la promulgación, como acontece en este caso con el Decreto 1117 de 1988 por el cual se adoptó el Código de Policía del departamento del Huila, el cual según obra en autos sí fue promulgado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº 2499. Recurso de apelación contra la sentencia de 14 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila. Actor: José James Chavez Muñoz.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de la referencia, que denegó las súplicas de la demanda incoada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra la Ordenanza Nº 022 de 25 de noviembre de 1987 "POR LA CUAL SE CONCEDEN FACULTADES EXTRAORDINARIAS AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO, PARA QUE EXPIDA EL NUEVO CODIGO DE POLICIA DEL HUILA", emanada de la Asamblea Departamental del Huila, y el Decreto Nº 1117 de 1988 expedido por el Gobernador de dicho departamento por el cual se adoptó el Código de Policía.

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda el *a quo* consideró, en síntesis, lo siguiente:

1. El centro del debate jurídico de la presente demanda radica en la nó promulgación de la Ordenanza Nº 022 de 1987, por lo cual ésta y el Decreto 1117 de 1988 son nulos.

2. La citada ordenanza concede una facultad al Gobernador del Departamento del Huila, que como tal es un derecho que adquiere para ejercerlo en la forma establecida en ella, es decir, puede aceptar su exigibilidad; y como quiera que así lo hizo al expedir el Decreto 1117 de 1988, esto conlleva a que por tal aspecto la ordenanza sea nula, pues el requisito de la publicación es una formalidad para su exigibilidad y nó para su validez.

3. Al cumplir su cometido la Ordenanza pese a su no publicación, no vulnera con ello derecho subjetivo alguno, particular o general, no siendo nulo tampoco el Decreto 1117 de 1988, expedido en desarrollo de la misma.

4. Como la Ordenanza 022 de 1987 no concede ningún derecho ni impone ninguna obligación a los particulares, pues tan sólo se concede una facultad por parte de un órgano que la tiene a otro que no la tenía y la adquiere a partir de la sanción, quien la ejecuta expidiendo el reglamento policivo respectivo que debió ser conocido por los particulares mediante la publicación que se hizo en la Gaceta Departamental, no existe mérito para anularla.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Los motivos de inconformidad del recurrente con la sentencia apelada pueden resumirse así:

1. En el Estado de Derecho Colombiano ningún acto está exento del requisito de la publicación. Dicho requisito se exige para que un acto produzca sus efectos pretendidos. Si no se verifica, sus efectos no se producen. Si un acto administrativo genera todos sus efectos sin la previa publicidad, dicho acto o constituye una violación al régimen de publicidad, o constituye una excepción a dicho régimen, caso este último en que debe existir norma especial.

2. Conforme al artículo 5º literal a) de la Ley 57 de 1985, la publicidad de las Ordenanzas Departamentales se hace en el boletín o gaceta oficial del departamento.

Dicha ley en su artículo 8º, para evitar la burla de la publicación de ciertos actos producidos en el nivel departamental, establece que las ordenanzas sólo regirán después de la fecha de su publicación.

Que un acto no haya comenzado a regir significa que no existe en el sistema jurídico. Y si no existe ¿cómo pensar que existe para la administración y nó para los ciudadanos?

Si cualquier ciudadano hubiera activado la acción pública de nulidad contra la Ordenanza antes de que el gobernador hubiera ejercido las funciones allí otorgadas, el Contencioso Administrativo se hubiera declarado inhibido para fallar contra un acto que por incumplir el requisito de la publicación no ha comenzado a regir. Si el acto no está rigiendo, el contencioso carece de jurisdicción.

3. Está demostrado que la Ordenanza no se publicó y con ello omitió un requisito *sine qua non* para que pueda regir. Entonces el Decreto 1117 de 1988 ¿colma todos los requisitos de legalidad a pesar de que el acto que le atribuyó facultades para su expedición no estaba rigiendo? ¿Es suficiente que este decreto haya cumplido a satisfacción el requisito de publicidad sin que el acto de atribución no lo haya cumplido?

4. El gobernador no puede reclamar las atribuciones contenidas en la Ordenanza porque un acto ineficaz no produce efecto alguno.

No es aceptable, como lo sostiene la sentencia, que la no publicación de la Ordenanza no vulnera derecho subjetivo alguno "general", pues por medio está el orden jurídico público que la Ley 57 de 1985 tutela con el requisito de la eficacia de los actos. Así, se lesiona el orden jurídico de derecho público cuando se le reconocen plenos efectos a un acto que no cumple con el presupuesto de eficacia. El acto que no puede producir efectos y de hecho no los genera está comprometiendo la validez de los actos que se fundan en ese ineficaz.

III. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación estima que conforme a los artículos 43 del C.C.A. y 52, 54 y 55 del C. de R.P. y M., los actos de carácter general sólo son obligatorios o surten efectos a partir de su promulgación, pues sólo hasta ese momento los administrados tienen la oportunidad de conocerlos.

De manera que asiste razón al demandante en su argumento de que el artículo 3º de la Ordenanza es anulable por contrariar las normas vigentes sobre publicidad de los actos administrativos y por ello procede la revocatoria del fallo en cuanto a dicho artículo. Pero deben denegarse las demás súplicas de la demanda, de acuerdo con la lógica que inspira la jurisprudencia traída por el Tribunal en el sentido de que "la falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad; la sanción que el propio ordenamiento trae, cuando no se cumple con este requisito, es la inoponibilidad del acto a los particulares...".

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Reiteradamente la Sala ha expresado que un acto administrativo no es nulo en sí mismo por falta de notificación y que igual que predicarse de la falta de promulgación, por cuanto una cosa es que para que entre a regir sea necesaria bien la previa publicación o notificación, y otra cosa es que dicho acto en su expedición haya desconocido las normas superiores a que debe sujetarse o que tal expedición se haya hecho en forma irregular o con desviación o abuso de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere, pues en este caso se trata de elementos intrínsecos que por lo mismo afectan la validez del acto.

En el caso *sub lite* la Ordenanza Nº 022 de 1987 tuvo por objeto facultar al Gobernador del Departamento del Huila por el término de un año contado a partir de la fecha de la sanción de la misma para que expidiera el nuevo Código de Policía.

La facultad de expedir Códigos de Policía, entendida como el ejercicio de un poder público, corresponde a las Asambleas Departamentales, sin perjuicio de que puedan, como en este caso, delegarla en los Gobernadores.

Sobre este aspecto esta Corporación en sentencias de 15 de septiembre de 1943 (Anales del Consejo, Tomo LI, números 329-334, página 184); de 29 de octubre de 1946, reiteradas en sentencia de 30 de julio de 1993, expediente Nº 2262, Ponente doctor Yesid Rojas Serrano, ha manifestado que la falta de promulgación no conduce a la nulidad del acto cuando éste sólo produce efectos al interior de la administración. No así cuando éste trasciende a los ciudadanos quienes deben cumplirlo y obedecerlo precisamente en virtud de la promulgación, como acontece en este caso con el Decreto 1117 de 1988 por el cual se adoptó el Código de Policía del departamento del Huila, el cual según obra en autos sí fue promulgado.

Por las razones antes expresadas no hay lugar a declarar la nulidad de los actos acusados y en consecuencia 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:

CONFIRMASE la sentencia de 14 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Naturaleza

Si bien es cierto que por el contenido material de los decretos que expide el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20, ellos tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, no es menos cierto que en razón de la autoridad de donde emanan: el Gobierno Nacional, son actos administrativos. Y si la Carta Política le asignó a esta Corporación la competencia residual en el artículo 237 numeral 2º para juzgar tales decretos, este juzgamiento supone el trámite previsto en las disposiciones del C.C.A., las cuales consagran la medida de suspensión provisional ante el evento de darse las circunstancias de que trata el artículo 152, *ibídem*. REVOCA el numeral 3º del proveído y REVOCA la suspensión provisional de los efectos de la expresión "Dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993", contenida en el artículo 32 del Decreto 2141 de 1992.

ICA-Reestructuración/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Temporalidad

El señalamiento del plazo para que las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado adecuen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas dentro del término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20, no puede considerarse como una prórroga de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, pues tal adecuación de la estructura interna y de la planta de personal es función de carácter administrativo que aquellos organismos tienen en forma permanente (artículos 26 literal b) Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978), para lo cual no requieren de autorización expresa ni de término alguno para su ejercicio. Por ello ha de entenderse que se

trata de un término que cumple un fin específico circunscrito a los efectos de las decisiones adoptadas bien sea de reestructurar, fusionar o suprimir una entidad y respecto de la indemnización de quienes como consecuencia de éstas resulten privados de su cargo o empleo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. -Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente N° 2484. Acción: Nulidad. Actor: Jaime Arturo Betancourt González.

El Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, a través de apoderado, interpone recurso de reposición contra el auto de 1º de julio del presente año, en cuanto decretó la suspensión provisional de la expresión "Dichas normas deberán expedirse a más tardar el treinta y uno (31) de diciembre de 1993", contenida en el artículo 32 del Decreto 2141 de 30 de diciembre de 1992.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los argumentos que expresa el recurrente pueden sintetizarse así:

1. De conformidad con el artículo 238 de la Constitución Política es procedente la suspensión de los actos administrativos de acuerdo con las condiciones que señale la ley.

Reiteradamente ha dicho la sección que los decretos expedidos con base en el artículo transitorio 20 tienen fuerza de ley. Siendo ello así, no resulta procedente decretar la medida de suspensión provisional.

2. La medida decretada no es procedente por cuanto la norma constitucional que sirve de fundamento a las disposiciones acusadas faculta al gobierno para reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, y la función de reestructurar es diferente de la de adoptar los estatutos internos o establecer la planta de personal.

Por el contenido del decreto acusado se infiere que se reestructuró el ICA, y así como el Decreto Ley 501 de 1989 había dispuesto que la junta directiva de la entidad tenía competencia para adoptar sus estatutos, la estructura interna y la planta de personal, en el mismo sentido lo dispuso el artículo 7º numeral 2º del Decreto 2141, lo cual nada tiene de inconstitucional, ya que esas no son funciones legislativas sino de naturaleza administrativa.

II. LA DECISIÓN

Par resolver **se considera**:

En lo tocante al primer argumento que expone el recurrente, la Sala reitera su pronunciamiento expresado en el proveído de 6 de agosto del presente año, expediente 2348, en cuanto a que si bien es cierto que por el contenido material de los decretos que expide el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 ellos tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley, no es menos cierto que en razón de la autoridad de donde emanan: el Gobierno Nacional, son actos administrativos. Y si la Carta Política le asignó a esta Corporación la competencia residual en el artículo 237 numeral 2º para juzgar tales decretos, este juzgamiento supone el trámite previsto en las disposiciones del C.C.A, las cuales consagran la medida de suspensión provisional ante el evento de darse las circunstancias de que trata el artículo 152 *ibídem.*

En lo concerniente al segundo fundamento del recurso, estima la Sala que está llamado a prosperar. En efecto, como lo manifestó la Sala en providencias de 9 de septiembre del presente año, expedientes números 2309 y 2995, el señalamiento del plazo para que las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado adecuen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas dentro del término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20, no puede considerarse como una prórroga de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta revistió al Gobierno Nacional, pues tal adecuación de la estructura interna y de la planta de personal es función de carácter administrativo que aquellos organismos tienen en forma permanente (artículos 26 literal b) Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1042 de 1978), para lo cual no requieren de autorización expresa ni de término alguno para su ejercicio. Por ello ha de entenderse que se trata de un término que cumple un fin específico circunscrito a los efectos de las decisiones adoptadas bien sea de reestructurar, fusionar o suprimir una entidad y respecto de la indemnización de quienes como consecuencia de éstas resulten privados de su cargo o empleo.

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

RESUELVE:

1º REVOCASE el numeral 3º del proveído de 1º de julio de 1993. En consecuencia DENIÉGASE la medida de suspensión provisional de los efectos de la expresión "Dichas normas deberán expedirse a más tardar el 31 de diciembre de 1993", contenida en el artículo 32 del Decreto 2141 de 1992.

2º RECONOCESE como apoderado especial del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, al abogado HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE, en los términos y para los fines previstos en el poder visible a folio 112.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 16 de septiembre de 1993.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MINISTERIO DE COMUNICACIONES- Reestructuracion/ DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Temporalidad

Los decretos originados en el artículo transitorio 20 son ACTOS ADMINISTRATIVOS y contra los mismos cabe la medida precautoria de que trata el artículo 238 de la Carta Política. La Sala rectifica la posición que ha venido sosteniendo, como ya lo hizo en sentencia del 9 de septiembre de 1993, Expediente 2309, Actor Juan Manuel Arrieta Herrera, Consejero Ponente doctor MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ en el sentido de que la función de modificar o adecuar la estructura interna y la planta de personal de la Administración Central (Ministerios, Departamentos Administrativos, Unidades Administrativas Especiales, etc.) corresponde de manera permanente al Gobierno, para lo cual no requiere de autorización expresa ni la indicación de término alguno para su ejercicio, por mandato del artículo 189 ordinal 14 de la carta (que corresponde al 120 numeral 21 de la anterior), en concordancia con el artículo 75 del Decreto LEY 1042 DE 1978. REVOCA el punto III del auto de 2 de julio de 1993 en su lugar dispone: DENIEGA la suspención provisional de los efectos del artículo 25 del decreto acusado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santa fé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) septiembre de mil noveciento noventa y tres (1993.).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº 2393. Acción: Nulidad. Actor: Alirio Uribe Muñoz.

Se decide el recurso de reposición interpuesto oportunamente por la apoderada de la Nación- Ministerio de Comunicaciones, contra el auto de 2 de julio del presente

año, en cuanto en su punto III, decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresión "... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo", contenida en el artículo 25 del Decreto 2122 de diciembre de 1992 " **por el cual se reestructura el Ministerio de Comunicaciones**", expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

I-. EL AUTO RECURRIDO

Sostuvo esta Sección, en lo pertinente, lo siguiente:

"... Sobre el segundo aspecto, esto es, que el Gobierno cuando reestructuró el Ministerio de Comunicaciones no observó el término de dieciocho meses previsto en el artículo transitorio 20 de la Constitución, la Sala advierte que dicha censura la particulariza el actor en el artículo 25. Dicho cargo resulta atendible por cuanto, como se ha sostenido en providencias anteriores, la función de reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva que dimana del expresado artículo transitorio, que lleva ínsitas las de supresión de empleos y de modificación de plantas de personal, sólo podía ejercerla el Gobierno en el plazo improrrogable de dieciocho meses -que venció el 7 de enero de 1993- y cumplido éste regresaba a su titular permanente , que es el Congreso de la República (artículo 150 numeral 7° de la Constitución Política).

Por ello deberá suspenderse provisionalmente la expresión ".. dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo..." del citado artículo 25 por cuanto transgrede claramente la aludida norma constitucional al prever que se pueda modificar la planta de personal en un término superior al plazo ya enunciado...".

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Se aducen, en esencia, los siguientes argumentos:

1º Los decretos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 2°, no son Extraordinarios ni Reglamentos Autónomos Constitucionales, sino leyes en sentido material.

Respecto del Decreto demandado, desde ningún punto de vista podría afirmarse que por la sola circunstancia de que el órgano que lo expidió fue Ejecutivo, por ese solo hecho tiene el carácter de acto admnistrativo y que, por lo mismo, debe ser juzgado por el procedimiento que el Código Contencioso Administrativo ha determinado para el juzgamiento de ellos, pues ello significaría acabar de un solo tajo, con la estructura jurídica cuidadosamente construida por el Consejo de Estado a la cabeza y los tratadistas del derecho administrativo, nacionales y extranjeros.

2°) Según el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos. Si en ejercicio de una acción pública, se demanda un acto NO ADMINISTRATIVO, ES DECIR, CON FUERZA DE LEY, la suspensión no opera.

En consecuencia, la Institución de la suspensión provisional, está concebida y otorgada con exclusividad por la Constitución en relación con los actos administrativos, no para aquellos con fuerza normativa de la ley. Además, está prevista para evitar un daño o la producción de unos efectos nocivos o contrarios a la ley; pero cuando tales efectos ya no se pueden dar o se produjeron, deja de tener razón, como en el presente caso, si se tiene en cuenta que el plazo establecido en el artículo 25 del Decreto 2122 de 1992 venció el 30 del pasado mes de junio y la desición del Consejo de Estado se produjo el 2 de julio. De tal manera que la medida provisional dejó de tener razón y, por lo mismo, deb revocarse.

3°) Esa H. Corporación, al declarar la nulidad de la frase contenida en el artículo 25 del Decreto 2122 de 1992 interpretó la orden del Constituyente de reestructurar las entidades de la rama ejecutiva del poder público con el fin de ponerlas en consonancia con la nueva Constitución de que cubría todas las etapas de su ejecución, sin importar la naturaleza de los actos a través de los cuales se cumpliera.

El decreto demandado, en el artículo 25, lo que hizo fue recordar, SIN NECESIDAD, la facultad propia del Gobierno de expedir la planta de personal del Ministerio de Comunicaciones como ente perteneciente al sector central de la admnistración pública nacional. Sin existir dicho plazo en el artículo 25, dentro del mecanismo de utilización de sus propios poderes, el Presidente de la República ha podido expedir la planta personal respectiva, para que se diera cabal, oportuno e inmediato cumplimiento a la orden del Constituyente. Esa INOCUIDAD no es causal de inconstitucionalidad, cuando más de advertencia sobre su necesidad.

No expedir los actos, esos sí típicamente administrativos, dentro de los plazos señalados, no podría ser causal de nulidad de los que se expidieran tardíamente por falta de competencia, pues, como lo ha señalado el propió Consejo de Estado, esa función compete al Presidente por derecho propio derivado del artículo 189-14 de la Carta.

El artículo 25 no viola ningún precepto de la Carta; no se limitan las atribuciones propias del Presidente, aunque sí es la expresión del querer de la ley que reestructura, de que las actividades que deben desarrollarla se ejecuten dentro de un período corto.

4°) No es lo mismo hablar de ESTRUCTURA BASICA U ORGANICA de una Entidad y/o de su REESTRUCTURACIÓN ORGANICA, que de la ORGANIZACION INTERNA y/o REORGANIZACION INTERNA.

El numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, le asigna al Congreso de la República, previa iniciativa del Gobierno, la función de "Determinar la estructura de la admnistración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, **señalando sus objetivos y estructura orgánica;...**" (Se subraya).

El Gobierno, previa ley del Congreso, puede realizar una de las siguientes actividades:

a) Suprimir o fusionar cualquiera de las entidades u organismos del orden nacional (obviamente los previstos en el numeral 7 del artículo 150 pero no aquellos organismos que tienen existencia especial por mandato de la Constitución).

b) Modificar la estructura de dichos organismos y entidades con el mismo alcance de reestructuración orgánica o básica.

La estructura orgánica compete al Congreso de la República o al Gobierno y la adecuación compete en cuanto a entidades del sector central de la administración al Gobierno, y respecto de las descentralizadas a sus Juntas o Consejos Directivos, tal, como lo prevén los Decretos Extraordinarios 1050 y 3130 de 1968.

Cuando el artículo 20 transitorio ordenó al Gobierno que procediera a RESTRUCTURAR la adminstración nacional, se refirió a las actividades que hacen relación con esa ESTRUCUTURA BASICA O FUNDAMENTAL y no a las actividades propias de una labor típicamente administrativa, es decir, a la organización interna.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En cuanto a la primera censura planteada por la recurrente no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

Como lo ha venido sosteniendo la Sala en varios pronunciamientos, los decretos expedidos con base en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, en razón de la autoridad que los profiere: el Gobierno Nacional, son ACTOS ADMINISTRATIVOS. Cosa difernete es que por su contenido material tengan la misma fuerza o entidad normativa de la ley.

Al atribuirle a esta Corporación la Carta Política la competencia residual en el artículo 237 numeral 2° para juzgar esos decretos, tal juzgamiento supone indudablemente el trámite consagrado en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, las cuales contemplan la medida de suspensión provisional cuando se reú-nen los requisitos a que alude el artículo 152 del mismo.

Es indiscutible entonces, que los decretos originados en el artículo transitorio 20 son ACTOS ADMINISTRATIVOS y contra los mismos cabe la medida precautoria de que trata el artículo 238 de la Carta Política.

2. En lo concerniente a la segunda censura formulada, cabe precisar:

En el proveído recurido, se ordenó la suspensión de la expresión "... dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del mismo", contenida en el artículo 25 del Decreto 2122 de 29 de diciembre de 1992, porque excedió el término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20 para llevar a cabo reestructuración.

Sobre el particular la Sala rectifica la posición que ha venido sosteniendo, como ya lo hizo en sentencia de 9 de septiembre del presente año (Expediente Nº 2309, Actor Juan Manuel Arrieta Herrera y otro, Consejero ponente Miguel González Rodríguez) en el sentido de que la función de modificar o adecuar la estructura interna y la planta de personal de la Administración Central (Ministerios, Departamentos Administrativos, Unidades Administrativas Especiales, etc.) corresponde de manera permanente al Gobierno, para lo cual no requiere de autorización expresa ni la indicación de término alguno para su ejercicio, por mandato del artículo 189 ordinal 14 de la Carta (que corresponde al numeral 21 de la anterior), en concordancia con el artículo 75 del Decreto Ley 1042 de 1978.

La consideración enunciada constituye razón suficiente para que se revoque la medida de suspensión provisional recurrida, dado que el plazo a que se refiere el artículo 25 tiene que ver con la adecuación de la estructura interna y de la planta de personal del Ministerio de Comunicaciones.

Cabe tener en cuenta además que dicha medida hubiera resultado en este momento procesal inocua ya que el plazao de los seis meses que contempla el artículo 25 venció el 30 de junio del año en curso.

Debe, en consecuencia, revocarse al proveído recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Admnistrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1°) Tiénese a la doctora SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, como apoderada especial de la Nación del Ministerio de Comunicaciones, en los términos y para los efectos del poder visible a folio 127 del expediente.

2°) REVOCASE el punto III del auto de 2 de julio de 1993, y, en su lugar, se dispone: DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos del artículo 25 del decreto acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 16 de septiembre de 1993

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ECOSALUD- Naturaleza Jurídica/SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS-Régimen aplicable/ESTATUTO INTERNO/GOBIERNO NACIONAL-Facultades

Los estatutos aprobados por el Presidente de la República y el Ministro de Salud, que constituyen para el asunto el Gobierno Nacional, más no expedidos como lo afirma la actora, no son los estatutos básicos de la sociedad, sino sus estatutos internos. Los estatutos contenidos en la Estructura Pública aprobados por el decreto demandado, cuya expedición y reforma corresponde a la asamblea de socios o accionistas, según lo previsto en los artículos 110 y 187 (función 1ª) del Código del Comercio. Y como de acuerdo con el artículo 4º del Decreto- Ley 130 de 1976, las sociedades entre entidades públicas se someten a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, salvo las excepciones legales allí previstas, a sus "estatutos" o "estatutos internos" resulta aplicable la previsión contenida en el literal b) del articulo 26 del Decreto Ley 1050 de 1968, de acuerdo con el cual los estatutos de esas empresas están sometidos a la aprobación del Gobierno Nacional y que fue lo sucedido a través del Decreto demandado, de donde se concluye claramente, desde esta perspectiva.

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

Santafé de Bogotá, D.C. , diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y tres

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº 2162. Actor: Olga Lucía Botero Toro

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia instaurada por la ciudada-

na Olga Lucia Botero Toro en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del Decreto Nº 271 de 25 de enero de 1991, "por el cual se aprueban los Estatutos de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud - ECOSALUD S.A. " expedido por el Gobierno Nacional, con las firmas del señor Presidente de la República y el Ministro de Salud.

I. ANTECEDENTES

a) Los hechos de la demanda

Los hechos que se indican en la demanda son, en síntesis, los siguientes (fls. 2 a 4):

El artículo 43 de la Ley 10 de 1990 autorizó a la Nación para participar en la constitución y organización de una sociedad encargada de la gestión de los juegos de la suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes, de la cual debían ser socios la Nación y las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes.

Mediante Decreto 1434 de 5 de julio de 1990, "por el cual se desarrolla la Ley 10 de 1990, artículo 43 ", se autorizó la constitución y organización de una sociedad especial de capital público, como empresa industrial y comercial del Estado. Este decreto fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 30 de abril de 1992, pues, se consideró, entre otros puntos, que correspondía al Congreso regular aspectos del servicio público, tales como expedir los estatutos básicos de las empresas industriales y comerciales y de las sociedades de economía mixta.

Por escritura Pública Nº 4379 de la Notaría Novena de Bogotá, del 23 de julio de 1990, se constituyó la Sociedad Comercial "Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar Ltda. - COLJUEGOS."

Mediante Escritura Pública Nº 1408 de 7 de diciembre de 1990, Notaría 28 de Bogotá, dicha Sociedad se transformó de limitada anónima bajo el nombre de Empresa Colombiana de Recursos para la Salud - ECOSALUD S.A.. Los estatutos de esta sociedad fueron aprobados por el decreto acusado.

b) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas tanto en la demanda como en el alegato de conclusión (fls, 4 a 8 y 142 a 149) :

Primer cargo. Violación del numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, pues "teniendo en cuenta que el artículo 76, numeral 10 de la Constitución Política de 1886, vigente cuando se expidió por el señor Presidente de la Repú-

blica el Decreto Nº 271 de 25 de enero de 1991, fue recogido, o corresponde al artículo 150 numeral 7 de la Constitución de 1991, se considera que éste fue violado por el mismo motivo, es decir, quien debía expedir los Estatutos Básicos de ECOSALUD S.A. era el Honorable Congreso de la República y no el señor Presidente".

Para sustentar este cargo, la parte actora transcribe apartes del fallo del 30 de abril de 1992 dictado por esta Sección Primera, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, al decidir sobre la acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario Nº 1434 del 5 julio de 1990, referente a los estatutos de COLJUEGOS.

Si bien el artículo 26, literal b) del Decreto 1050 de 1968 señala como funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de la empresas industriales y comerciales del Estado las de elaborar los estatutos de la entidad y someterlos a la aprobación del Gobierno, "...esta norma aclara que no ofrece dificultad alguna para su interpretación: corresponde pues al Gobierno poner en vigencia los estatutos particulares, elaborados por las Juntas o Consejos Directivos y al Congreso le corresponde dictar los Estatutos Básicos", es decir, ".. no es atribución del Congreso proveer respecto de los estatutos particulares de cada organismo, ello es competencia del ejecutivo, la competencia del Congreso se circunscribe a los Estatutos Básicos".

El decreto acusado incurre en violación del artículo 150-7 de la Carta Política, "... pues además de contener normas atinentes al Estatuto Básico, que es de competencia del Congreso de República, contiene normas del manejo particular de la Empresa ECOSALUD S.A., sin haber tenido el Presidente de la República facultades para expedirlo" .

Segundo cargo. Violación del artículo 189-11 de Constitución Política de 1991, pues, como ya se vio, el Presidente de la República "... no está facultado para expedir estatutos de sociedades públicas y mucho menos para aprobarlos".

Por las mismas razones expuestas, el Presidente de la República "... se extralimitó en sus funciones".

Tercer cargo. -Violación del articulo 43 de la Ley 10 de 1990, pues dicha norma no autorizó al Presidente de la República para expedir los Estatutos Básicos de ECOSALUD S.A. ni lo revistió pro témpore para ejercer tal facultad que, como ya se analizó, radica en el Congreso.

c) **Las razones de la defensa**

Por intermedio de apoderado, la Nación - Ministerio de la Salud - compareció al proceso durante el término de traslado a las partes para alegar de conclusión. En el escrito que obra a folios 174 a 186 el apoderado de dicho Ministerio expresa, en síntesis, los siguientes argumentos:

En relación con el primer cargo

1. La anterior Constitución, dentro de cuya vigencia se expidió el acto acusado, consagraba que, en el orden nacional, únicamente la creación de establecimientos públicos estaba reservada al Congreso (art 76 - 9), pues la Carta no fijaba limitación alguna para la creación de empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta.

Como quiera que el artículo 76-10 de dicha Constitución establecía que el Congreso dictaría los Estatutos Básicos de la entidades descentralizadas del orden nacional, es decir las normas de carácter general y comunes aplicables a cada una de las categorías, "De allí surgía, por consiguiente, la consideración de que cada Entidad Descentralizada, tendría **sus propias normas específicas** de organización, pero en el marco de los **Estatutos Básicos** adoptados por el Congreso", los cuáles efectivamente, se encuentran plasmados en los Decretos Extraordinarios Nos. 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976.

"En cuanto a empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, tales Estatutos Básicos, en armonía con la Carta que no prescribía reglas especiales al respecto, se admiten que pueden ser creadas y organizadas tanto por la Ley **directamente** o en virtud de **autorización** dada por ella. Una vez creadas y organizadas, salvo las reglas particulares señaladas por la Ley, también están sometidas a los Estatutos Básicos de orden legal. Esa distinción originó la diferencia conceptual entre entidades descentralizadas directas, cuando eran creadas en esa forma por la propia Ley, e indirectas cuando la Ley simplemente autoriza su creación y organización, y ella surge en virtud de manifestaciones de voluntad concurrentes de entidades públicas o privadas que se asocian. Este es precisamente el régimen contenido especialmente en el Decreto Extraordinario 130 de 1976".

ECOSALUD S.A. tiene su origen en una expresa autorización legal dado bajo la vigencia de la anterior Carta Política, autorización ésta que resulta armónica con el texto de dicha Constitución, pues no se trataba de la creación de un establecimiento público, sino de la constitución y organización de un ente societario, que no necesariamente debía ser regulado en su integridad por la ley. En consecuencia, dada la naturaleza de la mencionada autorización, dicha sociedad debía enmarcarse dentro de las disposiciones de los estatutos básicos de las entidades descentralizadas, especialmente dentro de las normas del Decreto 130 de 1976, es decir, que en principio sería una sociedad entre entes públicos, sometida al régimen de una empresa industrial y comercial del Estado (art. 4 *ibídem*) y, como tal, sus estatutos preverían todos los aspectos de su organización, tal y como ocurre con cualquier sociedad, especialmente sobre las materias indicadas en los artículos 3º y 5° *ibídem.*

Lo anterior explica el por qué mediante la sentencia referenciada por la parte actora el Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 1434 de 1990, pues éste, al señalar la organización y características de ECOSALUD S.A., desconoció que

tales materias eran, precisamente, del régimen estatutario que adoptara la propia sociedad una vez constituída.

Los aspectos regulados por los Estatutos que el Gobierno aprobó mediante el acto acusado son materias de decisión de la Asamblea de Socios y no del Congreso, además de que tales estatutos en forma alguna quebrantan los estatutos básicos, ni pretenden sustituirlos parcial o totalmente. Ellos fueron aprobados por el Gobierno en virtud de lo dispuesto por su artículo 52 , y en virtud del mandato contenido en el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968.

2. En cuanto a la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, el nuevo régimen constitucional, al igual que el anterior, únicamente reserva al Congreso la creación de establecimientos públicos, pues, en cuanto a la empresas industriales y comerciales y a las sociedades de economía mixta, "... la Ley puede crearlas directamente o autorizar su creación". Por ello, el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 resulta conforme a la nueva Carta Política.

En lo referente a la organización y funcionamiento de la empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, la nueva Constitución introdujo cambios fundamentales, pues desapareció la institución de los estatutos básicos a que se refería el artículo 76-10 de la anterior Carta, sin que pueda afirmarse que ella se conserva en el texto del numeral 7 del artículo 150, como lo sostiene la demandante, pues de su lectura se evidencia que la única función exclusiva del Congreso es disponer su creación y organización, pero no su estructura y funcionamiento. Por lo anterior, ni el Decreto acusado ni los Estatutos de ECOSALUD S.A. han invadido la órbita de competencia del Congreso para crear o autorizar la constitución de la entidad, pues la organización fue dada por el artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

En relación con el segundo cargo, la parte demandada considera que tampoco puede aducirse que el Decreto acusado incurra en violación del artículo 189-11 de la Carta Política, pues su expedición sólo obedece al cumplimiento de una función legal del gobierno, atribuída por el artículo 26 literal b) del decreto 1050 de 1968 y, en manera alguna, al ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En relación al tercer cargo, la parte demandada considera que en virtud de los precedentes análisis y de las razones expresadas por la Sala en el auto admisorio de la demanda, el Decreto acusado no incurre en transgresión del artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

d) **Los argumentos de la impugnación**

ECOSALUD S.A. por intermedio de apoderado, compareció al proceso como impugnante de la demanda. En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión expresa, en resumen, lo siguiente (fls. 45 a 49 y 153 a 169) :

En relación con el primer cargo.- Los fundamentos del fallo del Consejo de Estado mediante el cual se declaró la nulidad del Decreto 1434 de 1990 son y deben ser sustancialmente distintos de aquellos sobre los cuales debe reposar el presente litigio, pues mientras que en el primero de ellos acertadamente se consideró que dicho acto contenía unos capítulos que encajaban en el concepto de "estatuto básico" para cuya expedición no estaba facultado el Gobierno, frente al Decreto 271 de 1991, acusado, la situación es radicalmente distinta, ya que el Gobierno no procedió oficiosamente, sino que, "... como debió hacerse ab initio presta su aprobación a la voluntad societaria de la Nación y de los entes territoriales o descentralizados suyos que concurren a la formación de la sociedad autorizada por la Ley 10 de 1990", cuyos estatutos dimanan de los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976.

ECOSALUD S.A. es una sociedad especial entre entidades públicas, de las tratadas como indirectas en el Decreto 130 de 1976, sujeta en lo pertinente, como allí mismo se dispone, al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, cuyos Estatutos fueron aprobados por el Gobierno de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968. Por ello cabe predicar que ni durante la vigencia de la Constitución de 1886, así como tampoco dentro de la actual, el legislador podía ni puede proveer sobre materias que no le han sido asignadas "... como el caso de estatutos internos o básicos de entes descentralizados de segundo grado y , consecuencialmente, podría prescribir (a lo sumo durante la vigencia del texto constitucional de 1886) tales estatutos en relación con las empresas industriales y comerciales del Estado de tipo directo y no de empresas que comportan el carácter y naturaleza de ECOSALUD S.A...."

En relación al segundo cargo, no se entiende cómo el acto acusado puede violentar el artículo 189-11 de la Carta Política, el cual no establece prohibiciones sino facultades. De todas formas, si en dicho cargo se alega una pretendida extralimitación de funciones, el citado canon constitucional atribuye al Presidente de la República la potestad de cumplir y hacer cumplir la Constitución de las leyes, una de las cuales es precisamente, el artículo 4º del Decreto 130 de 1976.

En relación con el tercer cargo, basta con reiterar lo ya expuesto, es decir que la aprobación de los Estatutos dimana del Decreto 130 de 1976 y no de la Ley 10 de 1990, como erradamente lo considera la actora.

e) **La actuación surtida**

A la demanda se le dio el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 27 de noviembre de 1992 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 25 a 30).

Mediante providencia de 29 de enero de 1993 se reconoció como impugnante de la demanda a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud - ECOSALUD S.A. (fls 52 a 53).

Por auto de 7 de mayo de 1993 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión (fls 142)

II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto la señora Procuradora Primera Delegada ante la Corporación considera, en síntesis, lo siguiente (fls 150 a 152):

Si conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se entiende por estatuto básico "el conjunto de reglas que determinan su denominación, naturaleza jurídica, su sede, las actividades que han de desarrollar, el patrimonio, los órganos a través de los cuales ejerce su objeto, forma de constituirlos y sus atribuciones, sus representantes legales, la manera de designarlos, y régimen jurídico de sus actos", no cabe duda que los 10 capítulos que integran el Decreto acusado constituyen el estatuto básico de la Empresa de Recursos para la Salud ECOSALUD S.A.

De lo anterior resulta que dicho Decreto incurre en violación del artículo 76-10 de la anterior Constitución Política, vigente al momento de su expedición, pues era función del Congreso de la República la de "expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta y de las empresas industriales del Estado..."

Si bien el Decreto acusado, no podría incurrir en violación del artículo 150-7 de la Constitución de 1991, pues fue expedido antes de su vigencia, debe tenerse en cuenta que este mismo precepto se encontraba en el artículo 76 -10 de la anterior Carta Política, que también se indica en la demanda como quebrantado. "Y como lo afirma la actora, el Decreto acusado resulta constitucional. Lo que, en la aplicación del artículo 9° de la Ley 153 de 1887. implica su desaparición del ordenamiento jurídico".

Además de lo anterior, al haberse expedido por el Presidente de la República, el Decreto 271 traído a juicio está afectado de nulidad por vicio de incompetencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo, consistente en violación del artículo 76-10 de la anterior Carta Política, la Sala considera que el aspecto central a definir es por la circunstancia de que algunas de las disposiciones contenidas en los Estatutos adoptados por la Asamblea de Socios de ECOSALUD S.A. y aprobados por el

Decreto demandado, se refieren a materias propias de los estatutos básicos de las empresas industriales y comerciales del Estado, se invadió la órbita de la competencia del Congreso de la República, o por el contrario, si dichos estatutos, por constituir el desarrollo de los estatutos básicos de la entidades descentralizadas, simplemente corresponden a los estatutos internos de la mencionada Sociedad, cuya competencia para expandirlos radicaba en su Asamblea de Socios.

Para definir lo anterior la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

1. Al fijar el alcance de los numerales 9 y 10 del artículo 76 de la anterior Carta Política, bajo cuya vigencia se expidió el Decreto acusado, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia consideró en su oportunidad lo siguiente:

"... corresponde a la ley crear los establecimientos públicos y expedir los estatutos básicos que rijan sus actividades esenciales. Por acto creador de un establecimiento público se tiene la manifestación de voluntad, en forma o con fuerza de ley, que le da vida. Y se tiene por estatuto básico de los mismos y de las empresas comerciales e industriales del Estado, el conjunto de reglas que determina su denominación, su sede, las actividades que han de desarrollar, el patrimonio inicial y demás haberes presentes o futuros, los órganos al través de los cuales tienen que actuar, la manera de constituirlos y sus atribuciones respecto de terceros, los representantes legales, manera de designarlos, los poderes que pueden ejercer, las formalidades y requisitos a que esté sometida la validez de los actos, etc. Naturalmente, es indicado hacer esta descripción en el mismo acto legal que los crea, para certeza de quienes traten con esos entes jurídicos. Las normas básicas son inherentes a la constitución de las personas administrativas.

"A estas normas que de manera primordial gobiernan actuaciones frente a terceros, ha de sujetarse también, indudablemente, la reglamentación del funcionamiento interno de las entidades descentralizadas, esto es, la nomenclatura de sus funcionarios y empleados, grado de dependencia de unos con otros, distribución de labores y demás disposiciones atinentes al manejo de sus oficinas y dependencias. Tales reglamentaciones suelen llamarse con poca propiedad "estatutos", expresión que así empleada resulta equívoca, susceptible de originar confusiones. Mejor sería llamar a esos documentos "reglamentos internos", o como concesión al uso referido "estatutos internos" o de "organización interna", los cuales pueden adoptarse por la junta directiva u otros órganos o funcionarios, con arreglo a la ley o a los "estatutos básicos", cuando éstos no los consignen. Pero debe recalcarse que estos estatutos meramente internos, en ningún caso han de contener reglas de creación, capacidad, representación, formación del patrimonio y atribuciones esenciales de ciertas entidades, que la Constitución tiene atribuídas a la ley con el nombre varias veces mencionado de "estatutos básicos" (art. 76-10).

"Se distingue entre las ordenaciones consignadas en los "estatutos básicos" de las entidades descentralizadas que es menester insertar en leyes (art. 76-10 C.N.) y los reglamentos internos.

"Con arreglo a la jurisprudencia de la Corte, cuando la ley o un acto ejecutivo con fuerza legal habla de estatutos dictados por juntas directivas de un organismo autónomo debe entenderse que no se trata de los "estatutos básicos" contemplados en el artículo 76-10 del código fundamental sino de medidas de naturaleza meramente interna referentes al funcionamiento de oficinas y dependencias de la respectiva entidad descentralizada. Lo contrario no se compagina con el estado actual de nuestro derecho, ya que los órganos de los establecimientos administrativos en cuanto a poderes de decisión o representación se rigen por su ley orgánica, es decir, por sus estatutos básicos" (Sala Plena sentencia de 20 de septiembre de 1973. Magistrado Ponente doctor José Gabriel de la Vega. Actor: Miguel González Rodríguez. G.J. Tomos CXLIX-CL, pags. 183 a 185).

2) Una vez realizado el estudio de la jurisprudencia transcrita con el fin de deducir si ella tiene aplicación al caso *sub judice*, pues en ella se fundamentan en grado sumo las acusaciones en contra del acto demandado, la Sala considera que no puede asumirse de manera absoluta que el acto mediante el cual se autoriza la constitución y organización de una sociedad entre entidades públicas, sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, deba contener la descripción detallada de todas y cada una de la materias a que se refiere dicha jurisprudencia, así como tampoco que ese acto deba ser tenido como los estatutos básicos de tal sociedad, a los cuales se refería al artículo 76-10 de la anterior Carta Política, por las siguientes razones:

a) Porque bien es cierto que el artículo 76-10 de la anterior Constitución preveía que corresponde al Congreso expedir, entre otros, los estatutos básicos de las empresas industriales y comerciales del Estado, la Sala considera necesario precisar que por dichos estatutos debe entenderse aquellos parámetros generales contenidos en la normas del régimen jurídico y administrativo comunes a todos los entes descentralizados de igual naturaleza jurídica, es decir, como también lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, "...las normas que indique la ley sobre creación, modificación, duración o extinción de esa clase de establecimientos, pueden referirse igualmente a los aspectos orgánicos de funcionamiento y control que por vía general, como delineamiento o pautas para los mismos, han de constituir su estatuto básico..." (Sala Plena, Sentencia de 1° de octubre de 1969. Magistrado Ponente doctor Hernán Toro Agudelo. Actor: César Castro Perdomo. G.J. Tomo CXXXVII, pags. 378 a 396). En consecuencia, para la Sala resulta claro que las normas que integran los estatutos básicos no son otras que aquellas contenidas fundamentalmente en los Decretos Extraordinarios 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976, que consagran el régimen general de las diversas entidades descentralizadas, así como las normas del

Código Civil y del Código de Comercio aplicables a las asociaciones, fundaciones y sociedades, pues, como es sabido, algunas entidades descentralizadas participan de las características de estas últimas personas jurídicas.

b) De otra parte, en concordancia con lo anterior, como para la creación de una entidad descentralizada del orden nacional se requiere de un ley que efectivamente la cree o que autorice su creación, según lo preveía el articulo 76-10 de la Carta de 1886 y lo prevén los artículos 5º, 6º, 8º y 29 del Decreto-Ley 1050 de 1968 y el artículo 21 del Decreto-Ley 130 de 1976, y actualmente lo consagra el artículo 150-7 de la Constitución de 1991, ello quiere decir que esa ley contendrá una serie de normas particulares para la respectiva entidad descentralizada creada o autorizada por ella, las cuales ya no hacen parte de los estatutos básicos a que se ha hecho referencia en el literal anterior, sino que, para mayor claridad, la Sala considera que deben identificarse como el "estatuto orgánico" o "las normas orgánicas" de cada entidad, especial y exclusivamente aplicables a la entidad específica de que se trate. En el caso de entidades descentralizadas que tienen origen en un acuerdo de voluntades, estas "normas orgánicas" normalmente están limitadas a la autorización de creación y a algunos aspectos muy generales, a fin de no hacer nugatoria la autonomía de las partes que constituirán efectivamente la entidad.

c) A su vez, además de los indicados estatutos básico y orgánico, las entidades descentralizadas tienen la facultad legal de dictar sus propios estatutos o "estatutos internos", los cuales deben ser "... desarrollo singular y muy detallado de los fines, funciones, organización y gobierno de cada entidad según la ley... (...) ... que autorice su creación..." (sentencia de 1º de octubre de 1969, ya citada), es decir, que son el desarrollo de los estatutos de carácter y categoría legal ya mencionados. Para los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado esta facultad está otorgada a la respectiva junta o consejo directivo, con aprobación del Gobierno Nacional, como lo establece, el literal b) del artículo 26 del Decreto-Ley 1050 de 1968. En relación con las entidades descentralizadas que tienen el carácter de sociedades, asociaciones o fundaciones, dichos "estatutos internos" están constituidos por el contrato social, cuerpo de normas de funcionamiento de la entidad correspondiente, adoptado por sus miembros o fundadores para las demás personas jurídicas citadas, con las aclaración que resulta del literal anterior en el sentido de que en estos casos siendo "las normas orgánicas" específicas muy exiguas, los estatutos internos tendrán una mayor amplitud propia de la autonomía de la voluntad de los asociados.

En resumen, la Sala considera necesario precisar sus puntos de vista sobre las diferentes clases de estatutos que conforman el régimen jurídico de la entidades descentralizadas, en los siguientes términos.

1. Los "estatutos básicos" son los conformados por las normas de categoría legal aplicables a las diferentes clases de entidades descentralizadas y que se encuentran contenidas fundamentalmente en los Decretos-Leyes 1050 y 3130 de 1968

y 130 de 1976 para las entidades del orden nacional, el Código de Régimen Departamental y el Código de Régimen Municipal para las entidades de origen seccional y local, así como en el Código Civil y en el Código de Comercio para las entidades que se constituyen por acuerdo de voluntades.

2. Los "estatutos orgánicos" son los conformados por las normas de categoría legal crean, autorizan la creación o reforman cada entidad descentralizada. Para las entidades de los órdenes departamentales y municipales, estos estatutos están contenidos en las ordenanzas o acuerdos que crean, autorizan o reforman la respectiva entidad.

3. Los "estatutos internos" son los conformados por las normas que al interior de cada entidad desarrollan los estatutos básicos y orgánicos y que constituyen, por lo mismo, la reglamentación de la organización y funcionamiento de la entidad, las cuales, obviamente, deben respetar el marco y contenido de los dos últimos estatutos citados anteriormente.

Ahora bien, si se aplican los conceptos anteriores al caso concreto de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud - ECOSALUD S.A., se encuentra lo siguiente:

1. El artículo 43 de la Ley 10 de 1990, autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público, con la participación de la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sería la explotación y administración del monopolio rentístico de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes.

2. Mediante el Decreto Nº 1434 de julio 5 de 1990, el Gobierno Nacional, pretendiendo desarrollar el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, dictó las normas de organización y funcionamiento, a las cuales debía sujetarse la sociedad cuya creación fue autorizada por el artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

3. El decreto citado anteriormente fue declarado nulo por esta misma Sección, mediante sentencia del 30 de abril de 1992 (Expediente Nº 1571, actor: Federación de Loterías de Colombia - FEDELCO-, ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz), bajo la consideración principal de que en él se contenían los estatutos básicos de la sociedad, cuya competencia para expedirlos estaba radicada en el Congreso de la República, de acuerdo con el artículo 76-10 de la anterior Carta Política.

4. Con fundamento en los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990 y el Decreto 130 de 1976, se constituyó la sociedad denominada Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar Ltda. - COLJUEGOS, mediante Escritura Pública Nº 4379 del 23 de julio de 1990, de la Notaría 9ª de Bogotá.

5.- Mediante Escritura pública Nº 1408 del 7 de diciembre de 1990, de la Notaría 28 del Círculo de Bogotá, se transformó Sociedad COLJUEGOS LTDA., en la Sociedad ECOSALUD S.A..

6.- A través del decreto acusado (Decreto Nº 0271 del 25 de enero de 1991), el Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministro de Salud), aprobaron los estatutos de la Sociedad ECOSALUD S.A., contenidos en la escritura últimamente referenciada.

Frente a los anteriores antecedentes, lo primero que debe dilucidar la Sala es si la nulidad del Decreto 1434 del 5 de julio de 1990, que pretendió desarrollar el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, incide en la validez del que ahora es demandado en el presente proceso.

A este respecto, la Sala considera que nó, pues de una parte, independientemente de que los argumentos que sirvieron para decretar la nulidad del primero sean los mismos que se plantean en este proceso, lo cual será objeto de análisis posterior, la nulidad de este decreto trajo como consecuencia su desaparición retroactiva de la vida jurídica, por lo cual el análisis de la legalidad del último debe hacer abstracción de la existencia del primero y hacerse solamente en relación con las normas jurídicamente existentes en el momento de su expedición.

Hecha la anterior precisión y ya en relación concreta con el primer cargo de la demanda, la Sala debe recordar que éste consiste en afirmar la violación del artículo 76-10 de la Constitución de 1886, por cuanto quién debía expedir los estatutos básicos de ECOSALUD S.A., era el Congreso y no el Presidente de la República.

Para desvirtuar este cargo basta con expresar que, de acuerdo con las consideraciones anteriores, los estatutos aprobados por el Presidente de la República y el Ministro de Salud, que constituyen para el asunto el Gobierno Nacional, mas no expedidos como lo afirma la actora, no son los estatutos básicos de la sociedad, sino sus estatutos internos.

En efecto, de una parte, como de acuerdo con el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 se trata de una sociedad de capital público, las normas que constituyen sus estatutos básicos están contenidas fundamentalmente en las normas de los Decretos-Leyes 130 de 1976 y 1050 y 3130 de 1968 que sean aplicables a este tipo de sociedades, es decir, a las sociedades entre entidades públicas, lo mismo que las que sean aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado en virtud de la remisión que a ellas hace el artículo 4º del Decreto-Ley 130 de 1976, las del Código del Comercio aplicables a las sociedades en general y a las anónimas en particular.

De otra parte, su estatuto orgánico está representado simplemente por las reglas contenidas en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, que autorizó su creación,

identificó los socios y su objeto, precisó algunas normas sobre la limitación de los costos y gastos de inversión, administración, venta y publicidad y sobre distribución del producto resultante de las ventas y de las apuestas en juegos deportivos.

A su vez, y en consecuencia, los estatutos contenidos en la Escritura Pública Nº 1408 de diciembre 7 de 1990, de la Notaría 28 del Círculo de Bogotá y aprobados por el decreto demandado, son los estatutos internos de la sociedad, cuya expedición y reforma corresponde a la asamblea de socios o accionistas, según lo previsto en los artículos 110 y 187 (función 1ª) del Código del Comercio. Y como de acuerdo con el artículo 4º del Decreto-Ley 130 de 1976, las sociedades entre entidades públicas se someten a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, salvo las excepciones legales allí previstas, a sus "estatutos" o "estatutos internos" resulta aplicable la previsión contenida en el literal b) del artículo 26 del Decreto Ley 1050 de 1968, de acuerdo con el cual los estatutos de esas empresas están sometidos a la aprobación del Gobierno Nacional, y que fue lo sucedido a través del Decreto demandado, de donde se concluye claramente, desde esta perspectiva, la perfecta legalidad de este último.

Por lo anterior, no puede afirmarse, como lo hace la actora en la demanda y en su alegato de conclusión, que la asamblea de socios de ECOSALUD S.A. y más precisamente, el Gobierno hayan ejercido una atribución propia del Congreso de la República.

Además, en cuanto a su contenido, debe tenerse presente que los estatutos de las sociedades deben incluir todos los aspectos enumerados en artículo 110 del Código de Comercio, por lo cual tampoco desde este punto de vista puede sostenerse la ilegalidad del decreto demandado. Pero también debe tenerse en cuenta que el hecho de que en los diferentes capítulos del estatuto interno de la citada sociedad, así como puede suceder con los estatutos internos de cualquier entidad descentralizada, se incluyan normas sobre materias que corresponden a los estatutos básicos de todas las entidades de su género a los estatutos o normas orgánicas contenidas en el acto de creación, autorización o reforma, no quiere decir, necesariamente, que dicho estatuto interno y su decreto aprobatorio sean inconstitucionales o ilegales.

En efecto, las juntas directivas de las entidades descentralizadas y en su caso las asambleas de socios, con frecuencia utilizan para el desarrollo interno de las normas orgánicas y del estatuto básico la técnica de reproducir muchas de estas normas, agregándoles los aspectos de detalle a fin de hacerlas más operativas y prácticas, con el fin de contar con un estatuto interno que contenga de manera coherente, sistemática y lo más completa posible, toda la normatividad reguladora de la actividad de la correspondiente institución. Se trata de una técnica similar a la utilizada muchas veces por el Presidente de la República al ejercer su potestad reglamentaria respecto de las leyes, consistente en incluir en el respectivo decreto reglamentario no sólo los aspectos de detalle que desarrollan o precisan las normas legales reglamentadas, sino también estas últimas, reproduciéndolas en todo o en parte, a fin de incluir en un solo cuerpo la totalidad de la regulación correspondiente. O, de manera

semejante, a lo que sucede cuando un órgano de carácter local, habilitado para regular ciertos aspectos de una materia respecto de la cual existe distribución de competencias entre la ley y dicho órgano local, no sólo dicta las normas sobre las cuales tiene competencia directa sino que reproduce las legales, en señal de acatamiento y con el fin de incorporarlas a un estatuto que regule en su totalidad el tema correspondiente.

La jurisprudencia de esta misma Sección ha considerado que la simple reproducción de las normas legales por una autoridad sin facultad legislativa, como en los casos mencionados anteriormente, no vicia de ilegalidad el acto que contiene la reproducción, ya que precisamente a través de esa reproducción se está reconociendo la vigencia de la ley.

Así, en sentencia del 7 de noviembre de 1990, dijo esta misma Sección:

"Reproducir una norma que tiene eficacia por su carácter legal y que deberá ser aplicada en el caso de los contratos regionales no encierra ilegalidad alguna; a lo sumo, habrá el cargo de inocuidad porque la vigencia de la norma no la recibe del acto administrativo que la reproduce o que la menciona sino de su propio carácter. Y el cargo de la inocuidad podrá ser cualquiera otra cosa, menos un argumento de ilegalidad". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 7 de noviembre de 1990. Consejero Ponente: Simón Rodríguez. Expediente Nº 1008. Actor: Juan Carlos Hincapié Mejía).

Igualmente, en sentencia del doce de junio de 1991, también la Sección Primera dijo:

"Si bien es cierto que la necesidad es uno de los elementos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para que proceda la reglamentación de una norma legal, también lo es que la misma jurisprudencia ha considerado que la simple transcripción de una norma legal por una reglamentaria no constituye por sí misma una ilegalidad que justifique su declaratoria de nulidad, ya que ésta, además de que sería simplemente formal, sería inocua en cuanto el contenido de la norma reglamentaria quedaría clara y plenamente vigente a través de la norma legal reproducida". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de julio de 1991. Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 1069. Actor: Guillermo Salamanca Molano).

En consecuencia, no puede afirmarse que la asamblea de socios y el Gobierno hayan ejercido una atribución que corresponde a la ley. El hecho de que los capítulos del estatuto interno puedan referirse a temas que corresponden al estatuto básico o al orgánico no quiere decir por sí mismo que aquel sea ilegal, pues la intención general de la asamblea de socios y del Gobierno no es, en principio, la de atribuirse la función

del legislador sino, por el contrario, la de adoptar las normas legales que les son aplicables, en señal de reconocimiento de la existencia y vigencia de esos estatutos de mayor jerarquía, adicionándoles la normas de reglamentación necesarias para el cabal cumplimiento y eficacia de aquellas de carácter legal.

Lógicamente, es posible que al pretender desarrollar los estatutos básico y orgánico, la asamblea de socios al dictar el estatuto interno y el Gobierno al aprobarlo, se extralimiten en el ejercicio de su facultad al ir más allá de las normas legales constitucionales a las cuales están sometidos. En este caso, es obvio que las normas así expedidas serán ilegales o inconstitucionales y así habrá de declararlas el juez administrativo si son demandadas, pero para su declaratoria de nulidad hubiera sido necesario que la demanda incluyera cargos específicos contra ellas y que se hubiera hecho la confrontación correspondiente para establecer si efectivamente violaban alguna norma de superior jerarquía.

Pero en el caso de autos así no sucede por cuanto la acusación de la demanda sólo se refiere a la presunta ilegalidad de todo el estatuto por considerar equivocadamente que era el básico y no el interno.

En cuanto a la alegada violación del artículo 150-7 de la Constitución de 1991, la Sala considera que si bien dicha norma regula algunas de las materias que contemplaba el artículo 76-10 de la anterior Carta Política, eso solo hecho no permite concluir que incurra en su desconocimiento, pues, de una parte, no se encontraba vigente al momento de expedirse el acto acusado y, de otra, la simple comparación de los textos constitucionales demuestra que la "letra y el espíritu" de la nueva disposición, a las que alude la señora Agente del Ministerio Público en su concepto, no son los mismos del mencionado artículo 76-10 de la anterior Carta Política.

Por lo que respecta a la afirmación de la actora en el sentido de que el acto acusado incurre en violación del citado artículo 150-7 de la Constitución Política de 1991, por el hecho que "... contiene normas de manejo particular de la Empresa ECOSALUD S.A. , sin haber tenido el Presidente de la República facultades para expedirlo", la Sala hace notar a la demandante que aquellas disposiciones a las cuales parece referirse no fueron expedidas por dicho funcionario, sino adoptadas con plena competencia por la asamblea de socios de ECOSALUD S.A. En consecuencia no prospera el primer cargo.

En relación a los cargos segundo y tercero, sobre la alegada violación del artículo 189-11 de la Constitución de 1991 y del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, la Sala considera que tampoco tienen vocación de prosperidad, pues, como ya se analizó, la expedición del decreto acusado por parte del Gobierno Nacional obedeció a la facultad expresa que le confiere el artículo 26, literal b) del Decreto 1050 de 1968.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y

en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. - DENIEGANSE las prestaciones de la demanda.

Segundo. - De conformidad con el artículo 7º del Decreto 2867 de 1989, devúelvase a la actora la suma de dos mil pesos ($ 2.000) M/cte. depositados para gastos ordinarios del proceso, según consta a folio 38 del expediente, los cuales no fueron utilizados.

Tercero. - Con envío de copia, comuníquese esta sentencia a los señores Ministro de Salud y Presidente de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, ECOSALUD S.A.

Cuarto. - En firme este fallo, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciseis de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez , Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serarano.*

IMPORTACION TEMPORAL DE LARGO PLAZO/DIRECCION DE ADUANAS NACIONALES - Atribuciones / LIQUIDACION DE CORRECCION

Si bien es cierto que la Dirección de Aduanas Nacionales, hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Naconales, tiene la facultad de hacer liquidaciones oficiales de corrección, conforme al artículo 70 del Decreto Reglamentario 1909 de 1992, entre otras causales, por erróneo diligenciamiento del formulario, también lo es que dicha facultad, en cuanto concierne a las importaciones temporales de largo plazo precisadas en la Resolución acusada, no puede aplicarse en forma retroactiva para cobijar situaciones acaecidas con anterioridad al 25 de junio de 1993, fecha en que fue expedida aquélla, toda vez que sólo a partir de esta fecha se adoptó un criterio sobre las mercancías que podían ser objeto de importación temporal de largo plazo y por lo mismo no puede predicarse error en el diligenciamiento de un formulario cuando las causas constitutivas del mismo no habían sido determinadas en la época en que se hizo la declaración de importación respectiva. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los párrafos tercero a sexto de la Circular Externa 003013 de 25 de junio de 1993 y NIEGA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las demás partes de la mencionada Circular Externa y del art. 2º de la Resolución 0130 de 25 de junio de 1993, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº 2604. Acción: Nulidad. Actor: Oscar Mauricio Buitrago Rico

El ciudadano y abogado OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, del artículo 2º de la Resolución Nº 0130 de 25 de junio de 1993 "Por la cual se modifica el artículo 6° de la Resolución Nº 408 de 1992", expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y de la Circular Externa Nº 003013 de 25 de junio de 1993, emanada de la misma entidad.

I. LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las previsiones de los artículos 137 a 142 del C.C.A., es del caso decretar su admisión y así se hará en la parte resolutiva de este proveído.

II.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1. En acápite especial del libelo de la demanda el actor se remite a lo expresado en los fundamentos de derecho del mismo, en el cual expone los siguientes cargos, que pueden resumirse así:

1º) **Desviación de las atribuciones propias del funcionario.**

La Resolución Nº 0130 de 25 de junio de 1993 está motivada en las facultades conferidas al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales por el literal f) del artículo 13 del Decreto 2117 de 1992 y de conformidad con el artículo 40 del Decreto 1909 de 1992.

Dicha Resolución en su artículo 2º al incluír las importaciones temporales de mercancías en arrendamiento con o sin opción de compra como importaciones temporales a largo plazo está reformando los artículos 222 a 224 del Decreto 2666 de 1984, modificados por el artículo 1º del Decreto 1740 de 1991, que da autonomía e identidad propia a las importaciones temporales de mercancías en arrendamiento de capital, lo cual es absurdo, pues éstos tienen en la práctica un manejo muy diferente a las mercancías objeto de contrato de arrendamiento financiero. Un bien de capital puede ser objeto de un contrato de arrendamiento financiero, pero es una mentira que sea el único objeto del mencionado contrato.

Si el Decreto 1740 de 1991 crea las importaciones temporales en leasing; el Decreto 1909 de 1992 reforma la normatividad aduanera y no las deroga; la Resolución Nº 473 de 1992 reglamenta las importaciones en leasing y la Resolución Nº 408 de 1992 reglamenta el Decreto 1909 de 1992 y las importaciones temporales y no toca para nada las de leasing, no puede una Resolución sin ninguna motivación cambiar la voluntad del legislador.

2º) **Falsa motivación.**

La Resolución acusada invoca el artículo 40 del Decreto 1909 de 1992 para fusionar los conceptos de importaciones temporales a largo plazo e importaciones temporales de mercancías en arrendamiento.

El artículo 40 mencionado se refiere únicamente a importación de mercancías de corto y largo plazo y en ningún momento, como ya se demostró, el Decreto 1909 de 1992 ha derogado los otros tipos de importaciones temporales. Por lo tanto, no puede motivarse la Resolución acusada en dicho artículo 40, pues éste no está cambiando el régimen total de las importaciones temporales sino simplemente está haciendo una clasificación por el mayor y menor tiempo de permanencia en el país de tales importaciones.

Las importaciones de leasing son de largo plazo por el tiempo de permanencia en el país, así como también lo son la internación de vehículos extranjeros a zonas fronterizas y la importación para perfeccionamiento activo. Pero no por esa característica se pueden confundir todas estas modalidades de importaciones temporales con las específicamente denominadas importaciones temporales de largo plazo creadas exclusivamente para bienes de capital.

3º) La Circular Externa Nº 003013 de 25 de junio de 1993 viola el principio institucional de legalidad así:

a) La citada Circular viene a reglamentar las Resoluciones Nos. 0130 de 1993 y 408 de 1992.

El primer párrafo de dicha Circular cae en el mismo error de la Resolución Nº 0130 de 1993 también acusada al confundir en un solo concepto las importaciones temporales de largo plazo y las temporales en leasing, cambiando el sentido de las normas que la crearon y sobrepasando las facultades otorgadas por el legislador al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

La Resolución Nº 408 de 1992 interpretada en la Circular no sirve de base para motivar esta última, pues tal Resolución deja en plena vigencia los apartes de la Resolución Nº 473 de 1992 reguladores de las importaciones leasing, por lo cual hay una falsa motivación en la aludida Circular.

b) El párrafo segundo de la Circular cuestionada crea una expresa prohibición de importar mercancías a largo plazo por fuera de las subpartidas arancelarias enunciadas en el artículo 6° del Decreto 840 de 1991, dando el mismo tratamiento a las temporales de largo plazo como a las temporales en virtud de un contrato de arrendamiento, lo cual le quita la autonomía que estas últimas poseen por disposición legal.

c) El párrafo tercero ibidem está imponiendo la aplicación de las sanciones que contempla el artículo 59 del Decreto 1909 de 1992 con seis meses de retroactividad, lo que a todas luces viola el principio de legalidad.

d) El párrafo cuarto ibidem hace una interpretación forzada en los casos de leasing admitidos por actos administrativos ejecutoriados para desconocerlos al día de hoy y así decir que son lo mismo que una importación temporal de largo plazo.

e) El párrafo quinto está creando sanciones con vigencia retroactiva, pues los intereses no son otra cosa que una nueva sanción, lo cual viola el artículo 29 de la Constitución Política.

f) La parte final de la Circular demandada o párrafo sexto crea procedimientos nuevos al sugerir que los particulares voluntariamente acudan a los bancos a realizar su propia declaración de corrección, perdonándoles así el cobro de intereses.

La revocación de un acto administrativo que crea una situación jurídica de carácter particular y concreto, a la luz del artículo 73 del C.C.A., no puede darse sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Se pregunta: Puede dar su consentimiento un particular para que se le afecte su patrimonio y se le impongan sanciones con base en normas abiertamente ilegales?

Los actos acusados no pueden aplicarse sin antes revocar los actos administrativos de aceptación de garantías y del régimen aduanero de importación temporal de mercancías en leasing. Y cómo puede darse esto si estos actos se ajustan perfectamente a derecho y la ilegalidad está en las normas nuevas que se impugnan?

II. 2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Resolución Nº 0130 de 25 de junio de 1993 prescribe, en lo pertinente, lo siguiente:

> "ARTICULO PRIMERO. Modifícase el artículo 6° de la Resolución 408 de 1992, el cual quedará así:
>
> "Mercancías que pueden importarse temporalmente a largo plazo. Podrán declararse en importación temporal de largo plazo, en las condiciones previstas en el artículo 39 del Decreto 1909 de 1992 y conforme a los parámetros señalados en el literal b) del artículo 40 del mismo Decreto, los bienes de capital o sus partes, a que se refiere el artículo 6° del Decreto 840 de 1991 con excepción de la subpartida arancelaria que a continuación se señala: 87.06.00.90.40
>
> ARTICULO SEGUNDO. Para los efectos anteriores, se entenderá que la importación temporal a largo plazo incluye aquellas derivadas de contratos de arrendamiento con o sin opción de compra...".

Según el actor el artículo 2° transcrito está reformando el artículo 1º del Decreto Nº 1740 de 1991 que da autonomía e identidad propia a las importaciones temporales

de mercancías en arrendamiento, pues los bienes de capital en la práctica tienen un manejo muy diferente a tales mercancías objeto de contrato de arrendamiento, ya que un bien de capital puede ser objeto de aquél pero no es cierto que sea el único objeto del mismo.

Al respecto, advierte la Sala lo siguiente:

Conforme al artículo 40 del Decreto Reglamentario 1909 de 1992 las importaciones temporales podrán ser: a) De corto plazo, cuando la mercancía se importa para atender una finalidad específica que determine su corta permanencia en el país. El plazo máximo de la importación será de 6 meses, prorrogables por 3 meses más; o b): De largo plazo, cuando se trate de bienes de capital, representados por maquinarias, equipos, material de transporte y sus accesorios, partes y repuestos, que vengan en el mismo embarque. El plazo máximo de esta importación será de 5 años.

El artículo 1º. del Decreto Reglamentario 1740 de 1991, que modificó el artículo 222 del Decreto 2666 de 1984, que había sido a su vez modificado por el artículo 1º del Decreto 266 de 1987, prevé, en lo pertinente:

> "**Importación Temporal de Mercancías en arrendamiento**. Se podrán importar temporalmente al país las maquinarias, equipos y los repuestos, partes y accesorios que vengan con ellos en un mismo embarque para desarrollar una actividad económica o social, cuando sean objeto de un contrato de arrendamiento con sin opción de compra, ingresen por un plazo **superior a seis meses**..." (negrillas fuera del texto).

El aludido artículo 1º también modificó el artículo 223 del Decreto 2666 de 1984 así:

> "**Plazo de la importación Temporal**. El plazo para la importación de las maquinarias, equipos y elementos referidos en el artículo anterior, no podrá exceder de sesenta (60) meses y corresponderá al tiempo que las mercancías estén en arrendamiento. Cuando éste sea mayor de cinco (5) años en la última cuota aceptada por la Aduana se cobrará la diferencia por los derechos, impuestos, gravámenes aún no cancelados..." (negrillas fuera de texto).

De las disposiciones transcritas no surge para la Sala, prima facie, la manifiesta infracción que aduce el actor y sí por el contrario, en principio, se infiere que el Decreto reglamentario cuya violación se invoca, así como el Decreto Reglamentario en que se fundamenta la Resolución N° 0130 de 1993, le dan un tratamiento similar a los bienes de capital y las mercancías objeto de contrato de arrendamiento con o sin opción de compra, como quiera que frente a ambos prevén el largo plazo de importación temporal cuando exigen un término de permanencia en el país superior a seis meses y máximo de cinco años, parámetro éste definido en el artículo 40 literal b) del Decreto Reglamentario 1909 de 1992 para las importaciones temporales de largo plazo.

Esta consideración hace improcedente la medida precautoria impetrada. Además, es necesario para la Sala dilucidar, entre otros aspectos, qué mercancías pueden ser objeto de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra y qué mercancías tienen la calidad de bienes de capital, que permita establecer el alcance de la Resolución demandada, todo lo cual conlleva a un análisis de fondo que no es viable efectuar en esta etapa inicial del proceso, por expreso mandato del artículo 152 del C.C.A.

2. La Circular Externa N° 003013 de 25 de junio de 1993, es del siguiente tenor:

"...Teniendo en cuenta algunas inquietudes presentadas en cuanto a las mercancías que pueden ser objeto de importación temporal a largo plazo, es importante reiterar el contenido del artículo 6° de la Resolución 408 de 1992 y de la Resolución 0130 del 25 de junio de 1993, en el sentido de que sólo los bienes de capital o sus partes señalados en el artículo 6° del Decreto 840 de 1991, con la excepción introducida por la última de las resoluciones citadas, pueden ser objeto de importación temporal a largo plazo, incluso si esta modalidad se aplica como consecuencia de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra.

En este orden de ideas, mercancía distinta a aquella que se clasifique por las subpartidas arancelarias a que hace referencia el artículo 6° del Decreto 840 de 1991, no puede ser importada temporalmente a largo plazo, ni por el sistema de arrendamiento financiero o leasing que también puede revestir esta modalidad.

En consecuencia, y en razón a las facultades de fiscalización y control posterior que posee la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, tal como lo dispone el Título II del Decreto 1909 de 1992, serán formuladas liquidaciones oficiales de corrección a todas aquellas declaraciones de importación presentadas a partir del 1º de enero de 1993, que amparen mercancías que por su naturaleza no podían ser objeto de la modalidad de importación temporal a largo plazo, toda vez que se configuró erróneo diligenciamiento del respectivo formulario, lo que generó la aplicación de un tratamiento tributario improcedente.

En efecto, el diligenciamiento del formulario tiene como punto de partida la declaración de una modalidad de importación que, según el caso, trae consigo la aplicación de las normas aduaneras especiales y de determinado tratamiento tributario en relación con los tributos aduaneros que se generan, su liquidación y forma de pago. Por consiguiente, declarar una modalidad de importación con suspensión de tributos aduaneros, cuando no se cumplía con los requisitos para el efecto, al tratarse de mercancías que no podían ser objeto de importación temporal a largo plazo, implica un erróneo diligenciamiento del formulario como quiera que el pago de los tributos aduaneros fue suspendido cuando lo que procedía era su cancelación inmediata.

Las liquidaciones oficiales que se deberán formular por las Administraciones de Impuestos y Aduanas, contendrán la correspondiente cuenta adicional por los tributos aduaneros suspendidos, tal como lo dispone el inciso 4º del artículo 75 del Decreto 1909 de 1992, además de los intereses corrientes causados sobre los tributos dejados de percibir desde la fecha de presentación de la declaración de importación temporal hasta la fecha de formulación de la señalada liquidación oficial de corrección de que trata la presente circular. Si formulada la liquidación oficial de corrección por la Administración, el responsable no paga dentro de los cinco (5) días hábiles a su formulación, se generarán intereses de mora.

Por todo lo anterior, los usuarios aduaneros para evitar la formulación de estas liquidaciones oficiales por parte de la Administración, deberán presentar voluntariamente una declaración de corrección en los bancos y demás entidades financieras autorizadas, en la cual se corrija la modalidad de importación inicialmente declarada, por la importación ordinaria y se cancelen los tributos aduaneros pendientes. En este caso no se generarán intereses corrientes ni moratorios.."

Respecto de las censuras contra los párrafos primero y segundo transcritos son valederas las consideraciones precedentes. Por ello no se accederá a la medida precautoria.

En lo tocante a los párrafos tercero a sexto la Sala advierte lo siguiente:

Si bien es cierto que la Dirección de Aduanas Nacionales, hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, tiene la facultad de hacer liquidaciones oficiales de corrección, conforme al artículo 70 del Decreto Reglamentario 1909 de 1992, entre otras causales, por erróneo diligenciamiento del formulario, también lo es que dicha facultad, en cuanto concierne a las importaciones temporales de largo plazo precisadas en la Resolución acusada, no puede aplicarse en forma retroactiva para cobijar situaciones acaecidas con anterioridad al 25 de junio de 1993, fecha en que fue expedida aquélla, toda vez que sólo a partir de esta fecha se adoptó un criterio sobre las mercancías que podían ser objeto de importación temporal de largo plazo y por lo mismo no puede predicarse error en el diligenciamiento de un formulario cuando las causas constitutivas del mismo no habían sido determinadas en la época en que se hizo la declaración de importación respectiva.

Procede, en consecuencia, la suspensión provisional respecto de los efectos de los aludidos párrafos y así se decretará en la parte resolutiva de este proveído.

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

RESUELVE:

I. Admítese la demanda presentada por el ciudadano y abogado OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO contra el artículo 2º. de la Resolución N° 0130 de 25 de Junio de 1993 y la Circular Externa de la misma fecha, expedidos por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b) Notifíquese personalmente a los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y Director de Impuestos y Aduanas Nacionales. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

c) Fíjese el proceso 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 a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes a los actos acusados.

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 actor la suma de cinco mil pesos ($ 5.000) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II.- Tiénese como demandante al ciudadano y abogado OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO y como demandada a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

III.- Decrétase la suspensión provisional de los efectos de los párrafos tercero a sexto de la Circular Externa N° 003013 de 25 de junio de 1993, expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

IV-.Deniégase la suspensión provisional de los efectos de las demás partes de la mencionada Circular Externa y del artículo 2º de la Resolución N° 0130 de 25 de Junio de 1993, expedidas por la mencionada Unidad Administrativa Especial.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de septiembre de 1993.

Miguel González Rodríquez, Presidente*; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

INVERSION EXTRANJERA/REINVERSION DE UTILIDADES/DEPARTAMENTO DE PLANEACION-Atribuciones

La Resolución 17 de 1972 no derogó expresamente la Resolución 9 de 1968, pues sólo dijo que quedaban derogadas "las disposiciones que le sean contrarias", si se tiene en cuenta que lo regulado en sus artículos 1º y 2º sobre modalidades de la inversión extranjera y la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación a las inversiones extranjeras, son los mismos temas de los artículos 1º y 2º de la Resolución 9 de 1968, la Sala concluye que en tales materias las disposiciones vigentes en el momento de los hechos y por lo tanto aplicables a controversia eran los artículos 1º y 2º de la Resolución 17 de 1972. No requería la actora que la reinversión de sus utilidades estuviera precedida de autorización del Departamento Nacional de Planeación.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 2291. Actor: Sociedad Regie Nationale Des Usines Renault.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 12 de noviembre de 1992.

I. ANTECEDENTES

a. **La actora, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.**

La Sociedad Regie Nationale Des Usines Renault, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los oficios números DIEX 1364 y DIEX 0159, de 24 de noviembre de 1988 y 14 de febrero de 1989 respectivamente, ambos expedidos por el jefe del Departamento Nacional de Planeación, y el restablecimiento de los derechos violados con dichos actos, el cual se traduce en las siguientes peticiones adicionales a la de la nulidad, de acuerdo con el escrito original de la demanda y el de su corrección:

1ª Se decrete que la Regie Nationale Des Usines Renault, con domicilio en Billancourt, Francia, tuvo derecho a efectuar la inversión de $ 141.634.350 sin autorización previa del Departamento Nacional de Planeación.

2ª Se ordene al Departamento Nacional de Planeación autorizar la inversión efectuada por la Regie Nationale Des Usines Renault en la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. -SOFASA- en la señalada cuantía de $ 141.634.350 y a realizar los registros correspondientes.

3ª Se decrete que la inversión efectuada por la Regie Nationale Des Usines Renault en la suma preindicada debe ser registrada en la oficina de Cambios y que el capital y las utilidades que esta inversión genere, tienen derecho de giro al exterior (fls. 1 a 14 y 68 a 69 del Cdno. Nº1).

b.- **Los actos acusados**

Son los oficios referidos en el precedente literal a) de este proveído.

Mediante el Nº DIEX-1364 del 24 de noviembre de 1988 se le comunicó a la sociedad actora que el Departamento Nacional de Planeación no aprueba su solicitud de inversión extranjera directa en la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. para capitalizar utilidades con derecho a giro generadas en 1986 por $ 141.634.350, debido a que dicha capitalización fue realizada sin el cumplimiento del requisito de la autorización previa que señalan las normas legales (fl.27 del Cdno. Nº 1).

Mediante el Oficio Nº 0159 del 14 de febrero de 1989, el Departamento Nacional de Planeación resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto oportunamente contra la decisión contenida en el Oficio DIEX-1364 de 1988 (fls.33 a 35 del Cdno. Nº1), aduciendo y precisando razones de orden legal y puntualizando los conceptos de "reinversión" y "capitalización" de utilidades.

c.- **Los hechos de la demanda**

Los hechos que la actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls.1 a 4 del Cdno. Nº1):

1. La Socidedad de Fabricación de Automotores S.A. -SOFASA-, fue constituída mediante escritura publica Nº 3.105 del 2 de julio de 1969 y reformada en varias ocasiones. El último cambio se opero mediante la escritura publica 2690 del 28 de agosto de 1987, corrida, como todas las anteriores, en la Notaria 23 de Círculo de Bogotá.

2. La Regie Nationale Des Usines Renault es accionista de la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A.-SOFASA-, en cuyo capital participaba en la época de los hechos en un 49.76%.

3. La Asamblea Extraordinaria de Accionistas de SOFASA, reunida en Bogotá el 30 de abril de 1987, dispuso distribuir en acciones utilidades por valor de $284.634.000 de las cuales correspondió a la aquí demandante $141.634.350.

4. Para cumplir la decisión de la citada Asamblea, SOFASA, mediante apoderado, solicitó de la Superintendencia de Sociedades, en memorial de 10 de junio de 1987, autorización para solemnizar la reforma parcial de los Estatutos de la Compañía, como quiera que en dicha reunión extraordinaria se decidió elevar el capital autorizado de dos mil millones de pesos a dos mil doscientos millones de pesos.

5. Merced a la distribución en acciones de las utilidades señaladas y por el aumento del capital autorizado a 2.200 millones de pesos, el capital suscrito y pagado de SOFASA quedó en la suma de $ 2.182.193.000.oo, de cuyo reparto le correspondió el 49.76% a la sociedad Regie Nationale Des Usines Renault.

6 La Superintendencia de Sociedades, mediante resolución Nº 08712 de 30 de julio de 1987, autorizó a SOFASA la reforma del artículo 5º de sus Estatutos Sociales en el sentido de aumentar el capital autorizado de la suma de $2.000.000.000 a la cantidad de $2.200.000.000 M/cte.

7. SOFASA solemnizó la reforma del artículo 5°. de sus Estatutos Sociales mediante la Escritura Pública Nº 2690 de 28 de agosto de 1987, corrida en la Notaría 23 del Círculo de Bogotá.

8. Hasta el 10 de junio de 1987, fecha en la cual SOFASA solicitó a la Superintendencia de Sociedades autorización para solemnizar el aumento del capital autorizado de dicha Compañía, la aquí demandante no le había solicitado al Departamento Nacional de Planeación autorización para la inversión de la suma de $141.634.350 correspondiente a las utilidades retenidas en el superávit de SOFASA, no distribuidas y con derecho a giro, las cuales por decisión de la Asamblea General

Extraordinaria de Accionistas de SOFASA, reunida el 30 de abril de 1987, fueron reinvertidas en esta Empresa.

9. La Regie Nationale Des Usines Renault, con anterioridad al 30 de abril de 1987, fecha en la cual realizó la inversión de $141.634.350, no elevó solicitud previa al Departamento de Planeación Nacional porque las normas y estatutos vigentes con antelación a esa fecha no establecían ni imponían el cumplimiento de ese requisito para la realización de la inversión.

10. El 23 de agosto de 1988 la Regie Nationale Des Usines Renault presentó ante el Departamento Nacional de Planeación, a petición de SOFASA , por razón a que esta Compañía recibió de la Superintendencia de Sociedades el oficio EX 03404 de 16 de marzo de 1988, en el cual textualmente se dice: "Teniendo en cuenta que dentro de los documentos remitidos con su escrito, no aparece la autorización dada por el Departamento Nacional de Planeación, con relación a la inversión realizada por la Compañía Regie Nationale Des Usines Renault de nacionalidad francesa, la cual fue solicitada por esta entidad en el oficio mencionado, nuevamente me permito solicitarle se sirva allegar copia de la citada autorización".

11. Resalta aquí la actora que tal como lo prueba el Acta de la Asamblea de Accionistas reunida el 30 de abril de 1987 en la ciudad de Bogotá, las utilidades en cuantía de $ 141.634.350, asignadas a la Regie Nationale Usines Renault, habían sido retenidas en el superávit de utilidades de SOFASA con el concepto RESERVA PARA FUTUROS REPARTOS DE DIVIDENDO, correspondiendo por tanto a utilidades no distribuidas con derecho a giro.

12. La solicitud de la Regie Nationale Des Usines Renault presentada el 23 de agosto de 1988, fue atendida desfavorablemente por el jefe del Departamento Nacional de Planeación, mediante oficio numero DIEX-1364 de 24 de noviembre de 1988, determinación que, recurrida en reposición, fue confirmada mediante el oficio DIEX-0159 de 14 de febrero de 1989 donde se dejó constancia de que su contenido se notificó personalmente al apoderado de la Sociedad Regie Nationale Des Usines Renault y quedaba agotada la vía gubernativa.

d.- **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

La actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 4 a 11 de Cdno. Nº 1)

Primer cargo. Violación de los artículos 106 del Decreto 444 de 1967; 1º y 2º de la Resolución N° 9 de 1968 y 1° y 2° de la Resolución 17 de 1972, ambas expedidas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES-, y el artículo 1º del Decreto 1265 de 1987.

Por expresa voluntad de los artículos 106 del Decreto 444 de 1967 y 1º y 2º de la Resolución Nº 9 de 1968 expedida por el CONPES, no están sujetas a la aproba-

ción previa del Departamento Nacional de Planeación las reinversiones en moneda nacional provenientes de utilidades con derecho a giro al exterior, entendida como tal, por disposición de dichos preceptos, la colocación en la misma empresa de las utilidades generadas por ella. Igual definición es dada por el artículo 1º de la Resolución Nº 17 de 1972, que a la vez define como inversión de capital extranjero dichas inversiones al prescribir en el literal e):"Las retenciones en el superávit de utilidades no distribuidas con derecho a giro, también de acuerdo con lo previsto en la presente Resolución".

Las utilidades por valor de $141.634.350 generadas por SOFASA durante el año gravable 1986, las cuales le correspondían a la Regie Nationale Des Usines Renault como accionista de esta empresa, no fueron distribuidas, sino reinvertidas en la misma empresa el 30 de abril de 1987. Ocurre que el artículo 2º de la Resolución 17 de 1972 ordena que están sujetas a la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación todas las inversiones de capital extranjero que se efectúen con posterioridad a la vigencia de dicha Resolución, a excepción de: a) Las inversiones de que trata el literal e) de la definición de inversión de Capital Extranjero del articulo 1º, hasta un monto que no exceda anualmente el 5% del capital de la empresa respectiva...". De allí que también en virtud de esa preceptiva para la inversión de la Regie en SOFASA no requería la autorización previa del Departamento Nacional de Planeación. Por ello no es válido el argumento de este organismo cuando sostiene que la Resolución Nº 9 fue reemplazada en su totalidad por la citada Resolución 17, por cuanto el valor reinvertido corresponde a utilidades que fueron retenidas en el superávit de SOFASA, con anterioridad al 31 de diciembre de 1986, las cuales por su naturaleza tenían derecho a giro, circunstancias éstas que se prueban con el Acta 036 correspondiente a la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas de SOFASA de 30 de abril de 1987.

No se fundan los actos acusados en que las utilidades reinvertidas superan el limite del 5% de que trata el artículo 2º de la Resolución 17 de 1972, pues este argumento tampoco hubiera sido válido ya que los balances de SOFASA de 1985 y 1986 acompañados a esta demanda, y presentados ante la Superintendencia de Sociedades lo desvirtuarían.

Por otra parte, estos balances también prueban que la expresada suma de $141.634.350 corresponde a utilidades que fueron retenidas en el superávit de utilidades de SOFASA y que por tanto no fueron distribuidas antes del 31 de diciembre de 1986. Por esto la Asamblea General Ordinaria de Accionistas reunidas en Bogotá el 31 de marzo de 1987, cuya acta correspondiente se acompaña a la demanda, haciendo uso de estas utilidades, autorizada por la ley, decidió constituir una reserva para futuros repartos de dividendos en cuantía de 500 millones de pesos, lo que igualmente acredita que la reinversión de la Regie Nationale Des Usines Renault corresponde a utilidades retenidas en el superávit de SOFASA, las cuales tenían derecho a giro y no fueron distribuidas antes del 31 de diciembre 1986.

Segundo Cargo. Violación de los artículos 1º del Decreto 1265 de 1987, 2º y 3º de la Resolución 44 de 1987, expedida en CONPES, y 30 de la Constitución Nacional.

En el Oficio DIEX-0159 de 1989, acusado, se admite que antes de la Resolución 44 del CONPES se encontraba vigente la normatividad que le permitía a la Regie Nationale Des Usines Renault la reinversión de los $141.634.350 sin necesidad de autorización previa del Departamento Nacional de Planeación, pero a renglón seguido afirma que tal posibilidad fue eliminada por el artículo 2º de aquella Resolución, lo que es contrario al artículo 30 de la Constitución Nacional "por haberse efectuado la reinversión con posterioridad a la fecha en que dicho acto administrativo fue expedido".

Esta probado en autos que las utilidades fueron retenidas en el superávit con anterioridad al 31 de diciembre de 1986 y que la reinversión se efectúo el 30 de abril de 1987. La situación jurídica creada por estos hechos hacia inaplicables el articulo 2º de la Resolución 44 de 17 de julio de 1987 del CONPES y el articulo 1º del Decreto 1265 de 10 de julio de 1987 por cuanto el artículo 30 de la Carta Política tutela las situaciones consolidadas por disposiciones anteriores, en forma que las mismas no pueden ser después desconocidas por leyes posteriores. Y en materia administrativa hace que prevalezcan las situaciones concretas o subjetivas reconocidas por la ley anterior.

En el presente caso, los artículos 1º del Decreto 1265 de 1987 y 2º de la Resolución 44 de CONPES no pueden desconocer las situaciones jurídicas consolidadas, reconocidas o creadas por los artículos 106 del Decreto 444 de 1967, 1º y 2º de la Resolución 9 de 1968 y 1º y 2º de la Resolución 17 de 1972 , con anterioridad a su vigencia.

De otra parte, la misma Resolución 44 en su artículo 2º, inciso 2º respetando el articulo 30 de la Carta, dispuso que "para las utilidades retenidas en el patrimonio de la empresa hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 1986, se seguirán aplicando las disposiciones vigentes sobre la materia en dicha fecha".

e.- **Las razones de defensa**

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 91 a 95 y 136 a 142 del Cdno. Nº1):

Desde el punto de vista especificó del régimen de las inversiones extranjeras y en la época de los hechos, cuando una sociedad receptora de inversiones extranjeras tenía utilidades repartibles podía elegir entre dos opciones:

1ª Retener o mantener esas utilidades en su patrimonio, en una reserva especial, la verdadera reinversión permitida en esa época, lo cual daba al extranjero el

derecho concedido por el literal a) del articulo 2º de la Resolución 17 del CONPES, de registrar en la Oficina de Cambios, sin autorización de Planeación Nacional, el monto de utilidades que le correspondería a ese socio extranjero en un eventual reparto de ellas, sin exceder del 7% del total que ese extranjero tuviera registrado.

2ª Repartir esas utilidades entre los socios, ya fuera en dinero o en acciones. Si la distribución se hacía en dinero, el socio podía llevar al exterior sus utilidades hasta un monto preestablecido; pero si se optaba por repartir el dividendo en acciones, o sea lo que se denomina capitalización, que fue exactamente lo que sucedió en el caso en cuestión, y que se explica claramente en los hechos de la demanda, debía obtenerse la autorización previa y expresa del Departamento Nacional de Planeación, porque en ese caso se aplicaba la regla general del artículo 2º de la Decisión 24 y sus normas concordantes, el artículo 107 del Decreto 444 de 1967, el artículo 2º de la Resolución 17 del Conpes y otras normas que repiten el principio de que toda inversión extranjera debe ser autorizada previamente por las autoridades competentes. Las utilidades dejan de tenerse como utilidades retenidas en el patrimonio de la sociedad para convertirse en capital social por virtud del reparto.

Por la definición que trae la Resolución 17 del Conpes, artículo 1º, literal e), concordante con la que traía el artículo 1º de la Decisión 24 y hoy la 222 se entiende por reinversión el derecho que tiene el inversionista extranjero a que el Gobierno le reconozca como inversión extranjera el monto de utilidades que dejó de percibir porque no se le distribuyeron por haber sido retenidas en el patrimonio de la sociedad. Esa era la figura exceptuada del requisito de autorización según el artículo 2º literal a) de la Resolución 17 del Conpes, antes de la expedición de la Resolución 44.

Toda otra inversión extranjera de utilidades, incluidas las capitalizaciones- artículo 1º literales c) y d) de la Resolución 17 del Conpes, que realice el inversionista extranjero, ya sea que haya recibido el dividendo y con esos dineros adquiera acciones de la sociedad que las generó o que simplemente reciba el dividendo en acciones, tiene que tener autorización previa de Planeación Nacional para recibir el tratamiento de inversión extranjera y si la inversión se realizó sin esa autorización ya no puede ser autorizada como inversión conforme al parágrafo del artículo 2º de la Resolución 17 del Conpes.

Siguiendo el principio del artículo 28 del Código Civil, no es posible, como pretende el actor, dar a la operación que realizó la asamblea de la sociedad Sofasa el 30 de abril de 1987, el nombre y el tratamiento de reinversión.

Lo que realizó, pues, la Regie National Des Usines Renault, no fue una reinversión, exenta del requisito de autorización, sino una capitalización que requería de la autorización previa por parte del Departamento Nacional de Planeación para ser tenida como inversión extranjera; como esa autorización no se solicitó ni se obtuvo previamente, el Departamento acatando las normas vigentes, se negó a autorizarla ex post facto, lo cual es plenamente válido y por lo mismo es válida la confirmación de esa decisión.

f.- **La actuación surtida**

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 22 de septiembre de 1989 (fl.86 Cdno. Nº1) se admitió la demanda.

Mediante proveído de 31 de marzo de 1990 (fl133 del Cdno. Nº 1) se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por las partes.

Por auto de 6 de septiembre de 1990 (fl.135 del Cdno. Nº1) se corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso todos ellos (fl.136 a 141, 145 a 150 y 166 a 177 del Cdno. Nº1).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls.196 a 204 del Cdno. Nº1) :

En relación con el primer cargo, luego de transcribir el artículo 106 del Decreto 444 de 1967; el artículo 2º de la Resolución 9 de 1968; la Resolución 17 de 1972 en su artículo 1º, en lo referente a las definiciones de INVERSION DE CAPITAL EXTRANJERO - incluída la modalidad del literal e)- y REINVERSION O SUPERAVIT GANADO, y en su artículo 2º literal a) parágrafo; y el artículo 1º del Decreto 1265 de 10 de julio de 1987, señala que para esclarecer el asunto tiene en cuenta la petición que la actora dirigió a Planeación Nacional el 23 de agosto de 1988; el formulario de inversión extranjera directa anexo a dicha petición; los actos acusados y los balances de SOFASA visibles a folios 46 y siguientes.

Puntualiza enseguida que del análisis de las operaciones aritméticas realizadas por la actora en su demanda, a fin de establecer si ella se encuentra dentro de la excepción contemplada en el artículo 2º de la Resolución 17 de 1972, se obtiene que:

"El patrimonio de una empresa está conformado por varios rubros. En el caso sub judice los rubros son los siguientes:

"Capital suscrito y pagado, superávit por valorización, utilidades del ejercicio anterior.

"La Resolución 17 nos habla de capital que en este caso es la suma de $1.847.580.000. el 5% de este valor es de $ 94.870.000, y como la reinversión fue de $141.634.350, se presenta un excedente de $46.764.350.

"Como se observa, el actor está aplicando el 5% a la suma de los rubros que integran el patrimonio, dándole una suma superior al valor de los $141.634.350 reinvertidos, lo cual no encaja dentro de la excepción contemplada en el artículo 2º de la Resolución 17.

"Por lo tanto esta Resolución no resulta violada por los actos acusados, todo lo contrario los actos se ajustan a la normatividad señalada por la Resolución, por cuanto la operación económica y financiera sí requería de la autorización previa del Departamento Nacional de Planeación.

"En este primer cargo el actor no sustenta el concepto de la violación del artículo 1º del Decreto 1265 de 1987; por lo tanto, la Sala no entra a su estudio".

En relación con el segundo cargo, el a quo estima que la Resolución Nº 44 de 17 de julio de 1987 y el Decreto 1265 de 10 de julio de 1987 no son aplicables al caso sub judice, por cuanto la distribución de utilidades en la asamblea de socios de Sofasa y la reinversión de las utilidades ocurrió el día 30 de abril de 1987. Por lo tanto, estas normas jurídicas no le podrían ser aplicables retroactivamente al actor, pero si son aplicables a la Resolución Nº 17 de julio 10 de 1972, que modifico la Resolución Nº 09, en lo que atañe el tema de las reinversiones, toda vez que si bien es cierto que la Resolución 17 estableció una excepción, también lo es que exigió un porcentaje límite del 5% del capital de la empresa, como parámetro para que las reinversiones no superaran en su valor este tope. En consecuencia, la situación jurídica de la entidad demandante se encuentra cobijada por la exigencia de la Resolución 17, consistente en obtener la autorización previa a la reinversión. El hecho de que la parte demandada en el acto administrativo por el cual decidió el recurso de reposición hubiere citado la Resolución 44 y el Decreto 1265 de 1987, no quiere decir que les estaba dando efecto retroactivo para incluir bajo su aplicación la situación jurídica consolidada dentro de la vigencia de la Resolución 17, lo cual descarta cualquier posibilidad de violación del artículo 30 de la Constitución de 1886.

De otra parte, aquel acto administrativo también hace alusión al Decreto 444 y a la Resolución 17 de 1972.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación y en su alegato de conclusión, el recurrente fundamenten su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se resumen a continuación (fls. 206 a 208 del Cdno. Nº1 y 16 al 17 del Cdno. Nº2) :

El nuevo Código de Comercio fue expedido en 1971 y en él no se define el patrimonio de la empresa en la forma adoptada por el Tribunal. La concepción de patrimonio tomada por éste es la del artículo 68 del Decreto 2160 de 1986, tal como fue éste modificado por el artículo 6º del Decreto 2553 de 1987, de suerte que

habiendo sido expedida la Resolución 17 en el año de 1972, mal podría ella remitirse a normas que fueron expedidas en 1986 y 1987.

Hablando de las sociedades anónimas, el Código de Comercio a sus artículos 373 y 376 consagra las nociones de capital autorizado, suscrito y pagado, eliminando por exclusión las reservas, los superávits y las utilidades no distribuidas. Este código no define lo que debe entenderse por patrimonio; simplemente hace mención de este concepto en los artículos 457, 458 y 459.

Se puede entonces sostener que cuando la Resolución 17 hace referencia al capital, no solamente habla del capital autorizado, suscrito o pagado sino también de los superávits, reservas y utilidades por distribuir, habida cuenta de la limitante del 5% del capital de la empresa respectiva y en consideración también que para esa época el país estaba urgido de la inversión extranjera. Como esta limitante no hacía más que entrabar y dificultar la vinculación de capital a la generación de empleo y al desarrollo económico del país, hoy ha sido derogada.

Pero aún aplicando estrictamente el artículo 2º de la Resolución 17 de 1972, únicamente seria procedente el rechazo del excedente de inversión, esto es la suma de $46.764.350, toda vez que la cantidad de $94.870.000, correspondiente al 5% del capital tomado por el tribunal, por voluntad del precepto no está sujeta a la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación.

Solicita finalmente en su alegato de conclusión que se revoque la sentencia del Tribunal, disponiendo que la reinversión en cuantía de $141.634.350 no requiere de la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación, o en subsidio, que no necesita de aprobación previa de esta entidad la reinversión hasta por la suma de $94.870.000.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

A su vez, la parte demandada, en su alegato de conclusión de esta segunda instancia, se opone a las pretensiones del recurrente con base en las razones que se resumen a continuación (fls.10 a 15 del Cdno.Nº2) :

Reitera los puntos de vista expuestos en los actos acusados y en la contestación de la demanda, insistiendo en que pese a que el término "CAPITALIZACION" utilizado por el mismo Departamento Nacional de Planeación en sus escritos no existe en las disposiciones citadas, como en efecto lo afirma la actora, esta figura sí se desprende del texto del literal d) del artículo 1º de la Resolución 17 del CONPES.

En seguida la demandada afirma que la figura de la "REINVERSION" esta expresamente definida en los artículos 1º de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 1º, literal d), de la Resolución 17 del CONPES. Y si bien puede verse

que hay algunos puntos en común entre las dos figuras, ellas difieren sustancialmente en cuanto hace a las repercusiones patrimoniales en relación con la empresa.

El régimen de inversiones extranjeras preveía en esa época dos requisitos: autorización del Departamento Nacional de Planeación y Registro de la inversión en la Oficina de Cambios del Banco de República (Decisión 24 y Resolución 17 CONPES).

Así que si la operación solicitada por la demandante fuese de aquellas a las que se refiere el literal d) de la Resolución 17, se estaría solicitando una autorización a posteriori, contra la norma que exige una autorización previa, ya que la solicitud del inversionista se presente año y medio después de efectuada la capitalización.

De ser una reinversión, se estaría pidiendo al Departamento de Planeación realizar una actuación ajena por completo a sus funciones, ya que para este tipo de inversiones extranjeras, la norma no prevé el requisito de la autorización, por lo que resultan incongruentes las peticiones del actor.

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En esta etapa del proceso, la señora Procuradora Delegada para esta Corporación guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como las razones legales por las cuales el Departamento Nacional de Planeación no aprobó como inversión extranjera la "capitalización" de utilidades con derecho a giro al exterior de la Regie Nationale Des Usines Renault en la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. -SOFASA-, se adujeron y concretaron propiamente en el Oficio DIEX -0159 de 14 de febrero de 1989 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el Oficio DIEX-1364 de 24 de noviembre de 1988, conviene transcribir enseguida los aspectos más pertinentes del primero de los oficios citados:

> " Es importante aclarar, inicialmente, que las normas sobre las cuales usted basa el recurso no están vigentes y por ello no fueron utilizadas por el departamento como sustento de su decisión. En efecto, si bien es cierto que el Decreto de 1967 conserva su vigencia y es la principal norma interna en materia de inversiones extranjeras, no puede olvidarse que las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena le han introducido algunas modificaciones, como sucedió anteriormente con las Decisiones 24 y 103, incorporadas a la legislación interna por el Decreto 1900 de 1973 y el Decreto 170 de 1977, hoy sustituidas íntegramente por la Decisión 220, que define en su artículo primero lo que es inversión extranjera, y que modifica en parte el artículo 106 del Decreto-Ley 444 de 1967 que usted cita.

"Por otra parte, la Resolución 9 del Conpes fue remplazada en su totalidad por la Resolución 17 del mismo organismo, la cual a su turno y especialmente en la materia, que nos ocupa, ha sido modificada por la Resolución 44 del Conpes y, en consecuencia, los preceptos contenidos en la Resolución 9 están derogados.

"La decisión impugnada no se basó, entonces, en las normas que usted cita, sino en las normas hoy vigentes en materia de inversiones extranjeras.

"De otro lado, se estima necesario precisar los conceptos relacionados con "reinversión" y "capitalización" de utilidades, términos que en lenguaje corriente tienden a identificarse, pero que, en materia de inversiones extranjeras, tienen un sentido propio.

" Por "reinversión" se entiende la posibilidad que se de al inversionista extranjero de registrar como inversión extranjera directa en la Oficina de Cambios del Banco de la República, el monto de utilidades no distribuidas, es decir, retenidas en el patrimonio de la empresa que las generó, que pudieran corresponderle en un eventual reparto, tal como la define el artículo primero de la Decisión 220.

"Antes de la expedición de la Resolución 44 del Conpes, existía la posibilidad de efectuar reinversiones sin necesidad de autorización previa del Departamento Nacional de Planeación, pero dicha posibilidad fue eliminada por el artículo segundo de la Resolución 44 del Conpes.

"Para distinguirla de la reinversión, se ha denominado "capitalización" de utilidades el aporte al capital social de utilidades distribuidas con derechos cambiarios y excepcionalmente de utilidades distribuidas que excedan el límite de giro, ya sea que se repartan las utilidades en dinero para luego adquirir las acciones o pagar las cuotas, o ya sea que el reparto del dividendo se haga mediante la entrega de acciones, como en el caso que nos ocupa.

"Por regla general, la inversión extranjera, presupone la importación al país de divisas o bienes físicos o tangibles, pero también es posible realizar inversiones extranjeras directas con recursos generados internamente, en especial con las utilidades con derecho a ser giradas al exterior - capitalizaciones y reinversiones, como lo dispone el inciso segundo del aparte "inversion extranjera directa" del artículo 1º de la Decision 220.

"Incluso, de manera excepcional, pueden realizarse inversiones extranjeras con utilidades que excedan el límite de giro al exterior, del modo que lo establece el artículo tercero de la Resolucion 44 del Conpes.

"Pero cualquiera que sea la modalidad que adopte la inversión -importación de divisas o bienes físicos, capitalización de utilidades o capitalización de excedentes de utilidades-, debe ser previamente autorizada por el Departamento Nacional de Planeación para se tenida como inversión extranjera directa, del

modo que lo ordena el artículo primero del Decreto 1265 de 1987, en concordancia con el inciso primero del artículo 107 del Decreto-Ley 444 de 1967, complementado con lo dispuesto en el parágrafo del artículo segundo de la Resolución 17 de Conpes.

"Aun cuando el artículo 108 del Decreto 444 de 1967 abre la posibilidad de que el Conpes pueda eximir algunas inversiones extranjeras del requisito de la autorización previa del Departamento Nacional de Planeación, actualmente ninguna inversión extranjera esta eximida del mencionado requisito salvo las indicadas en el artículo primero del Decreto 1265 de 1987....".

Dados los antecedentes que se han consignado en esta providencia y el texto del oficio DIEX-0159 de 14 de febrero de 1989, acusado puede decirse que el centro de la controversia radica en si de acuerdo con las disposiciones sobre el régimen de inversiones extranjeras vigentes para la época de los hechos, podía legalmente la actora, con las utilidades que le correspondían de la vigencia de 1986, como accionista de SOFASA, en la suma de $141.634.350, reinvertirlas en ésta, con derecho a giro, sin el requisito de la previa autorización del Departamento Nacional de Planeación.

Para resolver la cuestión planteada es necesario, primero que todo, definir cuáles eran las normas aplicables a la situación de hecho que ha originado la controversia, es decir, al 30 de abril de 1987, fecha en que la Asamblea de Accionistas de SOFASA tomó la decisión de distribuir en acciones las utilidades generadas durante el año de 1986.

A este respecto se afirma en el acto acusado pretranscrito que la Resolución Nº9 de 1968 no podía ser aplicada al caso de la accionista francesa de SOFASA porque no estaba vigente, en razón de que había sido sustituida íntegramente por la Resolución Nº 17 de 19 de julio de 1972, que junto con las disposiciones pertinentes de la Resolución 44 de 17 de julio 1987 y del Decreto 1265 de 1987 eran las aplicables.

Precisa señalar que si bien la Resolución Nº 17, expedida el 19 de julio de 1972, en su artículo 11 dispone que "la presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias", en parte alguna deroga expresamente la Resolución 9 de 1968 del CONPES , es decir, que las disposiciones de ésta que no contrariasen las de aquella se encontraban vigentes, Aquí es fundamental destacar que el Decreto 1265 de 10 de julio de 1987 y la Resolución 44 expedida por el Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- el 17 de julio de 1987, normas en las cuales también se apoyan los actos acusados, no son aplicables al caso *sub lite* por cuanto fueron expedidas con posterioridad a los hechos que originaron la acción incoada, ya que la distribucion de utilidades en la Asamblea General de Accionistas de SOFASA y la reinversión de las mismas ocurrieron el 30 de abril de 1987. Ademas, vale la pena tener en cuenta que el artículo 2º de la citada Resolución 44 preceptúa:

"Reinversiones: En adelante no se admitirán como inversión extranjera directa ni se registraran en la Oficina de Cambios, nuevas reinversiones. **Para las utilidades retenidas en el patrimonio de la empresa hasta el treinta y un (31) de diciembre de 1986, se seguirán aplicando las disposiciones vigentes sobre la materia en dicha fecha**" (la subraya es de la Sala).

En lo concerniente al punto central de la contención, que lo es también de la apelación, la Resolución 17 de 1972, en su artículo 2º expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 2º Están sujetas a la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación todas las inversiones de capital extranjero que se efectúen con posterioridad a la vigencia de la presente resolución, a excepción de:

"a) Las reinversiones de que trata el literal e) de la definición de inversión de capital extranjero del artículo primero, hasta un monto que no exceda anualmente el 5% del capital de la empresa respectiva, las cuales requerirán registro de la Oficina de Cambios;.....

"Paragrafo. El Departamento Nacional de Planeación no podrá aprobar inversiones extranjeras efectuadas antes de solicitar la autorización previa".

El literal e) del artículo 1º de la Resolución 17 de 1972, que consagra una de las formas que revisten las inversiones de capital extranjero en Colombia, dice así:

"Artículo 1º.....

"e) La retención en el *superávit* de utilidades no distribuidas con derecho a giro, también de acuerdo con lo previsto en la presente resolución".

Así pues que la regla general es la sujeción a la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación de las inversiones, con algunas excepciones, entre las cuales se encuentran las reinversiones previstas en el literal e) del artículo 1º de la Resolución 17 del CONPES, pretranscrito.

Como es obvio, el parágrafo del artículo 2º del a citada resolución, también pretranscrito, sólo es aplicable a los casos en que, según la regla general, se requiere la autorización previa, más no a los casos excepcionales en que no se requiere dicha autorización.

Es pertinente también anotar que las resoluciones aquí citadas, expedidas por el CONPES, han sido dictadas con fundamento en las facultades que el Decreto 444 de 1967 le otorga a dicho organismo. Concretamente el artículo 106 prescribe:

"Las inversiones de capital extranjero en empresas establecidas o que se proyecte establecer podrán revestir las siguientes modalidades:

a) Importación de maquinaria o equipos con licencias no rembolsables, como aporte de capital;

b) Importación de divisas que se vendan al Banco de la República para inversiones en moneda nacional como aporte directo de capital o adquisiciones de derechos, acciones u otros valores, y

c) Las demás que determine el Consejo Nacional de Política Económica mediante resoluciones de carácter general".

De este último literal se concluye que el CONPES, a través de la Resolución 17 de 1972, determinó que constituye una modalidad de inversión extranjera" la retención en el superávit de utilidades no distribuidas a giro"(literal e) del artículo 1º), la cual, a su vez, está exenta de la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación (literal a) del artículo 2º de la misma Resolución).

También debe tenerse en cuenta que si bien es cierto, como lo afirma la demandada que la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que empezó a regir el 18 de mayo de 1987 y fuera ya derogada por la Decisión 291 que empezó su vigencia el 21 de marzo de 1991, introdujeron modificaciones al régimen de inversiones extranjeras en los países miembros del Acuerdo, ellas no son aplicables al asunto controvertido por ser posteriores a los hechos que han dado lugar al mismo.

De acuerdo con lo anterior, y pese a que, como ya se anotó, la Resolución 17 de 1972 no derogó expresamente la Resolución 9 de 1968, pues sólo dijo que quedaban derogadas "Las disposiciones que le sean contrarias", si se tiene en cuenta que lo regulado en sus artículos 1º y 2º sobre modalidades de la inversión extranjera y la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación a las inversiones extranjeras, son los mismos temas de los artículos 1º y 2º de la Resolución 9 de 1968, la Sala concluye que en tales materias las disposiciones vigentes en el momento de los hechos y por tanto aplicables a la controversia eran los artículos 1º y 2º de la Resolución 17 de 1972.

Ahora bien, en relación con el caso concreto, está debidamente acreditado en el proceso que la actora, como accionista de la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. -SOFASA-, en el ejercicio de 1986 obtuvo utilidades por valor de $141.634.350; que a 31 de diciembre de 1986 estas utilidades no habían sido distribuidas y quedaron retenidas en el superávit de utilidades de SOFASA -que fue de un total de 500 millones de pesos- con el concepto de "reserva especial para futuros repartos de dividendos", por consiguiente con derecho a giro, y que la Regie Nationale Des Usines Renualt reinvirtió en la misma empresa SOFASA la totalidad de las utilidades allí obtenidas, como en efecto se evidencia en las actas números 035 y 036 correspondientes a las reuniones de la Asamblea General de Accionistas de SOFASA realizadas el 31 de marzo y el 30 de abril de 1987, las cuales obran a folios 50 a 65 del Cuaderno Nº 1.

Para esta reinversión la actora, antes de esta última fecha, en la cual se efectúo dicha reinversión, no obtuvo la aprobación previa del Departamento Nacional de Planeación por estimar que ella, según las normas vigentes, no la requería.

La petición hecha por la actora al Departamento Nacional de Planeación el 23 de agosto de 1988 para que autorizara la reinversión efectuada y a que se ha hecho referencia, fue formulada porque según la demandante a la Superintendencia de Sociedades en Oficio EX-0304 de 16 de 1988, dirigido a SOFASA, le hizo saber que "teniendo en cuenta que dentro de los documentos remitidos con su escrito, no aparece la autorización dada por el Departamento Nacional de Planeación con relación a la inversión realizada por la compañía REGIE NATIONALE DES USINES RENAULT, de nacionalidad francesa, la cual fue solicitada por esta Entidad en el oficio mencionado, nuevamente me permito solicitarle se sirva allegar copia de la citada autorización", lo que en efecto se acredita con la fotocopia que autenticada aparece a folio 48 del Cdno.Nº1 .

La mencionada petición tuvo como consecuencia la expedición de los actos acusados.

Queda entonces por determinar si la actora tenía derecho a efectuar la reinversión de sus utilidades sin la autorización previa y expresa del Departamento Nacional de Planeación, teniendo en cuenta la excepción contemplada en el literal a) del artículo 2º de la Resolución 17 de 1972, del CONPES, con fundamento de la empresa SOFASA.

Según la actora, ese concepto de capital está conformado por los siguientes rubros: capital suscrito y pagado, superávit por valorización, utilidades del ejercicio y utilidades del ejercicio anterior, como lo expone en su libelo demandatorio (fl.7 del Cdno. Nº1), porque así se desprende de los balances de SOFASA que aporta con su demanda y que corresponde a los años de 1985 y 1986.

Al examinar el balance de 1986, la Sala observa que aquellos rubros integran el concepto de patrimonio, pero, en estricto sentido, sólo corresponden a la noción de capital los que se refieren a capital suscrito y pagado que tiene un total de $1.897.560.000, y "capital superávit" que asciende a la suma de $1.420.882.487, los que sumados dan $3.318.442.487, cuyo 5% equivalente a $165.922.124, lo que significa que la actora se encontraba dentro de la excepción contemplada en el literal a) del artículo 2° de la Resolución 17 de 1972 del CONPES, ya que sus utilidades de $141.634.350, fueron retenidas en el superávit de SOFASA al corte del ejercicio de 1986, que lo fue el 31 de diciembre, hasta el 30 de abril de 1987, cuando se efectuó su reparto, pues no habían sido antes distribuidas teniendo en cuenta que sobre ellas había recaído la decisión de la Asamblea General de Accionistas de SOFASA realizada el 31 de marzo de 1987 de constituir sobre las utilidades de esta empresa reserva especial para futuros repartos de dividendos, lo que debía realizarse en aquella fecha, como consta en el acta correspondiente (fls 59 vto y 60 del Cdno N° 1)

Dentro de este rigor, la retórica discusión semántica acerca de los términos de "reinversión" y "capitalización" planteada por la demandada como argumento de su defensa, se torna irrelevante, máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso, el referido aumento de capital de SOFASA supone, desde luego, que previamente se dé la reinversión, traduciéndose ello en que tales nociones corresponden a dos pasos distintos en el proceso de integración del capital de la empresa, pero sin que puede decirse que en este aspecto la actora haya incurrido el algún error.

En consecuencia, no requería la actora que la reinversión de sus utilidades estuviera precedida de autorización del Departamento Nacional de Planeación, por lo cual deber ser revocada la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que estimó equivocadamente que la situación de la demandante no encajaba dentro de la citada excepción y, en su lugar deberá accederse a las peticiones de nulidad de los oficios demandados.

En cuanto al restablecimiento del derecho es presente acceder a las peticiones 1ª 2ª por cuanto ellas son consecuencia obvia de la declaratoria de nulidad que habrá de decretarse.

En relación con declaración tercera solicitada no es procedente acceder a ella por cuanto se trata de posibles consecuencias de la nulidad que se decretará, pero en relación con las cuales no se invocaron normas legales como presuntamente transgredidas ni, por supuesto, se expuso concepto alguno de violación y por lo tanto, se trata de aspectos que no fueron objeto del debate, sin perjuicio de que la sociedad accionante pueda así solicitarlo a las autoridades correspondientes, de acuerdo con las normas legales aplicables al caso y como consecuencia de las restantes declaraciones que se harán en esta sentencia.

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

FALLA:

Primero. REVOCASE la sentencia de primera instancia proferida en este proceso por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 12 de noviembre de 1992, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Regie Nationale Des Usines Renault contra los oficios números DIEX 1364 y DIEX 0159, de 24 de noviembre de 1988 y 14 de febrero de 1989, respectivamente, ambos expedidos por el Jefe del Departamento Nacional de Planeación. En su lugar decide:

a) DECLARASE LA NULIDAD de los oficios señalados en el ordinal anterior.

b) DECLARASE que la sociedad Regie Nationale Des Usines Renault, con domicilio en Billancourt, Francia, tuvo derecho a efectuar la reinversión de $141.634.350 en la Sociedad de fabricación de Automotores S.A. - SOFASA- sin autorización previa del Departamento Nacional de Planeación.

c) El Departamento Nacional de Planeación autorizará la revisión efectuada por la Regie Nationale Des Usines Renault en la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A SOFASA en la señalada cuantía de $141.634.350 y realizará los registros correspondientes.

d) Deniégase las demás pretensiones de la demanda

Segundo. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitres de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REGIMEN ADUANERO/GOBIERNO NACIONAL - Facultades

La "revisión y adecuación de la política sancionatoria por violación del régimen aduanero, hecha en el decreto atacado, es apenas el producto del ejercicio de parte integrante de la facultad genérica que tiene el Gobierno para revisar y reglamentar en forma permanente toda legislación vigente sobre materia aduanera. Es obvio que en la atribución constitucional de modificar el régimen arancelario, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, se encuentra ínsita la facultad de regular procedimientos e imponer sanciones en materia aduanera, pues si así no fuera, la atribución constitucional quedaría expuesta a su inejecución por carencia de medios coercitivos idóneos para cumplir con el mandato constitucional".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº 2192. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: Jesús Vallejo Mejía.

El actor de la referencia actuando en nombre propio y en ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 40-6 de la Constitución Nacional y 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó ante esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto Nº 1105 de 1992, expedido por el Presidente de la República.

EL ACTO DEMANDADO

Como se anotó es el Decreto Nº 1105 de julio 1º de 1992 expedido por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito

Público y de Comercio Exterior, por el cual se modifica parcialmente el Régimen de Aduanas.

El acto acusado fue expedido en uso de las facultades constitucionales conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Carta Política y las pautas señaladas en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

El demandante cita como transgredidas las siguientes normas superiores:

1. Literal C del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, según el cual el Gobierno Nacional sólo puede modificar lo concerniente al Régimen de Aduanas por razones de política comercial. Anota al respecto que en el decreto acusado el Gobierno no instrumentó una política comercial sino punitiva.

2. El artículo 29 de la Constitución Política, fue violado, según el libelista, al disponer el decreto acusado sobre infracciones en el uso del sistema informático (art. 3); sanciones relativas al manifiesto de carga (art. 4); procedimiento para la aplicación de sanciones relativas al manifiesto de carga (art. 5); sanción por operación de contrabando (art. 6); procedimiento para sanciones por operación del contrabando (art. 7) y recurso de reconsideración (art. 8).

Agrega el actor que el régimen punitivo y procedimental sólo puede ser regulado por la ley.

3. Los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 6ª de 1971. En este punto dice el demandante que el Gobierno al expedir el Decreto 1105, excedió la competencia que le otorgó la Ley 6ª de 1971, porque el contenido del decreto no tiene relación directa con las pautas señaladas en la ley para modificar el régimen aduanero. Además no cita si obtuvo o no el concepto del Consejo Nacional de Política Aduanera.

SUSPENSION PROVISIONAL

El demandante solicitó la suspensión provisional del acto demandado en sus artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8. La Sala mediante auto del 13 de noviembre de 1992 decretó la medida, pero ésta fue revocada en providencia de fecha 29 de enero de 1993, y en su lugar, se denegó la suspensión provisional de los efectos de los artículos arriba mencionados del Decreto 1105 de 1992 expedido por el Gobierno Nacional.

INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA.

Dentro del término de fijación en lista los apoderados judiciales de los Ministerios de Comercio Exterior y de Hacienda y Crédito Público contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma y refutando los conceptos de la violación de las normas superiores que en ellas se esgrimen.

Por una parte el señor apoderado del Ministerio de Comercio Exterior propone las excepciones perentorias de inexistencia de violación de los artículos 150-9C y 189-25 de la C.N. y la de inexistencia de violación de la Ley 6ª de 1971 y del artículo 29 de la C.N.

Fundamenta sus excepciones en que el Gobierno expidió el Decreto 1105 de 1992 siguiendo los parámetros generales de política comercial señalados en la Ley Marco Nº 6 de 1971 en concordancia con la política comercial o de comercio exterior trazada por el Gobierno a partir de 1990 conocida con el nombre de Apertura Económica.

Continúa diciendo que la Ley 6a. de 1971 contiene la esencia de una política comercial definida, la cual le informa y orienta al Gobierno para desarrollar de acuerdo con las condiciones del mercado internacional instrumentos de aduanas y aranceles.

Manifiesta que al Gobierno le sobraron razones de política comercial para dictar el Decreto, pues de lo contrario se producirá un caos que hará fracasar un nuevo modelo económico, si no se moderniza, agiliza o reforma el régimen arancelario para ponerlo a tono con el nuevo modelo de apertura económica, razón por la cual considera que el decreto demandado en ningún momento viola los artículos 150-9C y 189-25 de la C.N.

Finalmente afirma que de la misma Ley Marco se desprenden facultades para que el Gobierno al establecer el régimen de aduanas y aranceles, señale el procedimiento y sanciones propias de su naturaleza.

Por otra parte el señor apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Unidad Administrativa Especial, Dirección de Aduanas Nacionales-, en el escrito de contestación de la demanda fundamenta su oposición a las pretensiones en los siguiente:

La Constitución de 1991 al referirse a los aspectos relacionados con la modificación de aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, conservó los fundamentos señalados por la reforma de 1968 sobre leyes marco como atribución legislativa y el desarrollo y ejecución de las mismas como atribución ejecutiva.

Al igual que el apoderado del Ministerio de Comercio manifiesta que la Ley 6ª de 1971 en su artículo 3º faculta al Ejecutivo para introducir modificaciones a lo que

denomina "las demás disposiciones del régimen de aduanas" circunscribiendo la órbita de dichas modificaciones a la consulta de la legislación aduanera internacional.

Expresa que el término "consultar" consagrado en el anterior artículo debe entenderse en el sentido de enterarse de su contenido y tenerlo como pauta en la expedición de las normas sobre modificación de la Legislación Aduanera Nacional.

Arguye a continuación que al Ejecutivo en la expedición del Decreto 1105 de 1992 no le bastó sólo con consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del código uniforme acordado por la ALALC, los estudios sobre legislación comparada, sino que como consecuencia de esa consulta efectuada acogió tales recomendaciones y estudios sobre estos temas que consagran a nivel internacional. Así vemos como se recogen en la legislación aduanera aspectos consagrados en los Convenios de Kyoto, de México y de Nairobi.

En consecuencia, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público afirma que el Decreto demandado se ajustó a los parámetros consagrados en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971, razón por la cual no encuentra fundamentos jurídicos para declarar que el Decreto violó el artículo 1º de la Ley Marco de Aduanas si no fue expedido con dicha facultad y además su contenido no regula la materia arancelaria.

Se concreta posteriormente en el tema de política comercial y expresa que el Constituyente de 1991 no delimitó el alcance del concepto, en consecuencia la interpretación de dicho término debe hacerse teniendo en cuenta que la materia aduanera en virtud del establecimiento de la Ley Marco, se encuentra desregularizada, por lo cual las razones de política comercial deben entenderse como un marco de referencia al cual debe sujetarse el Gobierno.

El Constituyente tampoco exigió que las razones de política comercial deban estar expresadas en una ley y en especial en la Ley Marco de Aduanas razón por la cual bastará que las normas que expida el Gobierno, obedezcan a razones de política comercial.

Finalmente manifiesta que la expedición del Decreto obedeció a razones de política comercial, expresadas en los mecanismos para sancionar conductas que generan la introducción de mercancías al país, infringiendo las disposiciones del régimen de importaciones; en consecuencia, el Decreto demandado atendió a lo dispuesto en el numeral 25 del artículo 189 de la C.N.

INSTRUCCION DEL PROCESO

Adelantada la etapa instructiva del juicio se presentó al proceso el ciudadano Jimmy Jeffrey Forero, quien en desarrollo de los artículos 242 de la Constitución Nacional y 146 del C.C.A., solicita un pronunciamiento inhibitorio de la Corporación

aduciendo la derogatoria tácita de la norma acusada, con ocasión de la expedición del Decreto 1909 de 1992.

El coadyuvante argumenta que el Decreto 1909 de 1992, título II, Capítulo III, artículos 72 a 78, reglamentó íntegramente las llamadas faltas administrativas en materia aduanera, hasta el punto de que "lo que no está incluído en este capítulo no constituye por ende falta administrativa". La norma así reseñada es posterior, especial y de inmediata aplicación, de no ser ello así, continúa diciendo, se llegaría al "oscurantismo jurídico" ante la aplicación fraccionada y parcializada de normas concurrentes e incompatibles, lo que se traduciría en su oponibilidad recíproca.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el momento procesal correspondiente, la Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, conceptuó sobre la petición contenida en la demanda, en el sentido que se deben denegar las súplicas de la misma, al estimar que la materia regulada en el decreto acusado hace parte del concepto genérico del régimen aduanero a que se refiere la Ley Marco de Aduanas de 1971 y el artículo 189 de la Constitución Nacional.

Continúa diciendo que es obvio que en la atribución constitucional de modificar el régimen arancelario, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas, se encuentra ínsita la facultad de regular procedimientos e imponer sanciones en materia aduanera, y si así no fuera la atribución constitucional quedaría expuesta a su inejecución, por carencia de medios coercitivos, idóneos para cumplir con el mandato constitucional.

Por otra parte, advierte que las razones de política comercial que exigió el Constituyente de 1991 para ser tomadas en cuenta por el Gobierno en la modificación de aranceles y en general del régimen de aduanas, no pueden ser tenidas como incumplidas en la expedición del Decreto 1105 de 1992 por una parte, porque la Ley Marco de Aduanas resulta ser bien anterior a la nueva Constitución y por ende no las podía contemplar; por otro lado, de acuerdo con los documentos que obran en el proceso remitidos por el CONPES y por el Departamento Nacional de Planeación, el ejecutivo al modificar el Régimen de Aduanas obró con base en claros motivos de política comercial tendientes a hacer efectivo el desarrollo y cumplimiento de la apertura económica.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Simultáneamente con el concepto del Ministerio Público, las partes demandante y demandada, presentaron su alegato de conclusión, en los que, aparte de reiterar los argumentos expuestos en el transcurso del proceso, adujeron respectivamente:

El actor señala que el hecho punitivo por ser de índole legislativa, escapa por completo a la reglamentación que en materia puramente administrativa puede hacer el Gobierno entre los temas enunciados en las Leyes Marco.

Arguye que mediante el Decreto 1750 de 1991 se dispuso sobre el régimen de contravenciones aduaneras, en ejercicio de las facultades extraordinarias, lo que demuestra que la competencia para ello es del Congreso y así lo encontró exequible la Corte Constitucional. Pero con el Decreto aquí acusado el Gobierno cambia de parecer y sostiene que el tema sancionatorio en materia aduanera ya no es de competencia legislativa, sino de reglamentación de Ley Marco de Aduanas, sin tener en cuenta que la Corte Constitucional ha sostenido que estos reglamentos sólo pueden versar sobre aspectos puramente administrativos (sentencia de 3 de septiembre de 1992).

Continúa diciendo que mediante el Decreto 1909 de 1992 en desarrollo de la Ley Marco sobre la materia, el Gobierno se abstuvo de disponer sobre el tema contravencional, remitiéndolo al Decreto 1750 de 1991. Con esto, el Ejecutivo da de nuevo la razón de que el tema punitivo pertenece a la órbita del Congreso y no a la de los reglamentos de las Leyes Marco, aspectos que llevan a concluír que el Gobierno no estaba facultado para expedir las normas aquí acusadas.

Por otra parte, afirma que el Decreto 1909 de 1992 no reguló íntegramente la materia aduanera, dispuso sobre derogatorias expresas y sobre decretos que continuarían vigentes, sin mencionar para nada el que aquí se acusa.

La parte demandada, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de su vocero judicial manifiesta que niega la aseveración hecha por el actor, cuando considera "que el Decreto 1105 de 1992, excede el marco concebido por la Ley 6ª de 1971 argumentando que la materia del Decreto no tiene relación con lo contemplado por los artículos 1º y 3º de la ley habilitante, pues lo que se establece es un régimen punitivo ajeno a las facultades de la administración".

Para negar tal acusación el apoderado antes mencionado se apoya en que las sanciones que establece el Decreto 1105 de 1992, se originan en infracciones de naturaleza administrativa y no penal.

Manifiesta que esta determinación la tomó la jurisprudencia colombiana en las sentencias del 30 de mayo de 1988 proferida por el Consejo de Estado y del 26 de junio de 1990 proferida por la Corte Suprema de Justicia.

Reafirma su posición trayendo a colación la Ley 49 de 1990, artículo 61, por medio del cual el Congreso otorgó al Ejecutivo precisas facultades en cuanto al tiempo y a la materia para limitar el carácter de hecho punible de las conductas tipificadas en el estatuto penal aduanero, en tal virtud se expidió el Decreto 1750 de 1991, trasmutando el carácter de hecho de las mismas infracciones de orden administrativo. De esta forma se modificaron las disposiciones concernientes al régimen

de aduanas en materia sancionatoria y procedimental, con sujeción a las facultades otorgadas y sin desconocer las normas generales establecidas en la Ley 6ª de 1971.

Continúa diciendo que el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 dedica artículos diferentes para referirse al régimen de aduanas y las normas arancelarias, es así como el artículo 1º se ocupa del arancel y el artículo 3º se refiere específicamente al régimen de aduanas y es en éste en el que el Gobierno fundamenta su competencia para expedir el Decreto 1105 de 1992.

Finalmente al referirse a la coadyuvancia, expresa que la supuesta derogatoria tácita del Decreto 1105 de 1992 por parte del Decreto 1909 del mimo año, es desde todo punto de vista extraña a la técnica legislativa y ajena de los antecedentes normativos.

Continúa diciendo que en los juicios de nulidad en los que se persigue la defensa del derecho objetivo, la intervención de terceros debe limitarse a las peticiones contenidas en la demanda, sin que sea dable a ellos ampliar o restringir la materia controvertida, los móviles o las consecuencias del proceso.

Con la intervención aquí estudiada, agrega, se ha promovido técnicamente una nueva demanda con peticiones diversas a las esbozadas inicialmente, y en tal sentido el fallo de fondo debe fijar el alcance de dicha intervención.

Por todo esto, solicita se emita un pronunciamiento mediante el cual se declare que el Gobierno Nacional ha hecho uso preciso y oportuno de las facultades otorgadas por el legislador mediante la Ley 6ª de 1971 y que con base en las razones de política comercial inherentes al proceso de modernización del Estado y la economía, ha dado cumplimiento a las disposiciones legales modificando el régimen de aduanas, de acuerdo con el artículo 189 numeral 25 de la Constitución Nacional.

Por su parte, el apoderado del Ministerio de Comercio Exterior, en su alegato de conclusión, expresa que a la luz de los artículos 189 numeral 25 y 150, numeral 19, literal C de la Constitución Política, ha quedado plenamente aceptado en el proceso que la facultad gubernamental para legislar en materia aduanera, está sujeta al cumplimiento de dos condiciones: La existencia y acatamiento de los parámetros de la Ley Marco y a razones de política comercial.

Respecto a la primera condición, el apoderado hace referencia a que las leyes marco, para facilitar el dinamismo y agilidad en el desenvolvimiento legislativo y la concordancia de éste con la realidad actual, debe contener normas de carácter general las cuales deben ser acatadas por el Gobierno al momento de legislar sobre determinadas materias.

Al referirse a la segunda condición, manifiesta que el Gobierno sí tuvo razones de política comercial para proferir el Decreto acusado. En el expediente obre copia

de los documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, que ilustran de manera amplia y suficiente sobre el contenido de tal política.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto administrativo que se demanda en el proceso que en este proveído habrá de decidirse, es el Decreto Número 1105 de 1992, "Por el cual se modifica parcialmente el régimen de aduanas", expedido por el Presidente de la República, "en uso de sus facultades constitucionales, en especial la conferida por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia y con sujeción a las pautas señaladas en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971".

Una recapitulación de dicho acto, tendiente a confrontarlo con las normas que, según se alega, son violadas con su expedición y con los diversos conceptos que sobre la materia son expuestos por los intervinientes, es la siguiente:

El artículo 1º, establece que los procedimientos para la aplicación de los diferentes regímenes aduaneros, podrán realizarse mediante el uso de sistemas informáticos a través del servicio de conexión directa al sistema de la Dirección General de Aduanas.

El artículo 2º , señala los criterios que se deben tener en cuenta para la reglamentación de la conexión directa de usuarios al sistema informático.

El artículo 3º establece para el usuario del sistema informático, una multa de hasta el 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 siguiente irregularidades:

1º Poner al consumo mercancías no declaradas.

2º Declararlas en forma irregular.

3º Pretermitir los procedimientos y controles del sistema.

4º Alterar las bases de datos o efectuar manipulaciones indebidas a los sistemas de información de Aduana.

El artículo 4º establece la aprehensión inmediata y el consiguiente decomiso cuando la empresa transportadora no presente Manifiesto de Carga o se hallare mercancía no relacionada con 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.

El artículo 5º señala el procedimiento para la aplicación de las sanciones relativas al Manifiesto de Carga.

El artículo 6º 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 ha introducido mercancías a zona secundaria del país sin el lleno de los requisitos legales.

El artículo 7º ordena el procedimiento para imponer la anterior sanción por operación de contrabando.

El artículo 8º dicta las normas reguladoras del recurso de reconsideración que el afectado puede interponer contra la Resolución de sanción o decomiso según el caso.

El artículo 9º contiene las disposiciones referentes al rescate de mercancías abandonadas.

Como ya se dijo en los prolegómenos de esta providencia, el actor señala como normas superiores violadas por el Decreto 1105 de 1992, el artículo 150, numeral 19, literal c) de la Constitución Política; así también el artículo 29 de la misma obra y los artículo 1, 2 y 3 de la Ley 6ª de 1971.

La primera de ellas habra de la función que tiene el Congreso de dictar las normas generales para "Modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

La segunda, el artículo 29 de la Carta, prescribe que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

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", establece en el artículo primero unas normas generales a las cuales se deben sujetar las modificaciones que, en el Arancel de Aduanas, decrete el Gobierno con fundamento en el artículo 65 del Acto Legislativo número 1 de 1968, modificatorio del artículo 205 de la Constitución Nacional. El artículo segundo habla de la entrada en vigencia, en la fecha que el Gobierno determine, de las disposiciones que dicte el Gobierno "de conformidad con el artículo anterior, previo el concepto del Consejo Nacional de Política Aduanera".

Por último, el artículo tercero de la citada ley, dispone 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 acordada (sic) para la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente y en especial la Ley 79 de 1931".

El acto demandado, Decreto 1105 de 1992 se fundamenta, en forma muy especial, en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Nacional que le atribuye al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, la facultad de "Organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; **modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;** regular el comercio exterior, y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, asegurardora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley" (El subrayado es de la Sala).

Sin necesidad de mayores cavilaciones, pues el texto literal y lógico de la norma no lo exige, es de colegirse que, además de modificar los aranceles y las tarifas, el Gobierno está facultado por la Constitución para modificar todas las disposiciones concernientes al régimen de aduanas sin que haya de exceptuarse lo que se relaciona con los aspectos sancionatorios.

El texto de la nueva Constitución es, en este aspecto, exactamente similar al de la Constitución anterior toda vez que, al confrontar el numeral del artículo 189 ya transcrito, con el numeral 22 del artículo 120 de la Constitución de 1886, se comprueba que en ambos se habla de "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas" sin que se hubiera manifestado intención alguna, por parte del constituyente de 1991, de poner cortapisas a esta concreta atribución del Presidente de la República.

Existe entonces una correlación entre el artículo constitucional que sirve de fundamento jurídico al acto demandado y el artículo 150, numeral 19, literal c) de la misma estirpe puesto que, si en el primero se faculta ampliamente al Gobierno para hacer modificaciones en todo lo que concierne al régimen de aduana, el segundo habla de razones de política comercial sin exclusivismos, sin definiciones ni imprecisiones sobre lo que esta expresión signifique para el caso en particular. Esta amplitud denominativa elimina toda posibilidad de que el intérprete entre a hacer distinciones que sólo logran desfigurar la voluntad del legislador. Y ello es así puesto que no existe una línea demarcatoria que ponga de una parte lo que es política comercial y de otra la política que debe seguir la Administración para regular los procedimientos aduaneros, los requisitos para la utilización de esos procedimientos y las sanciones que se puedan derivar para el usuario cuando haga uso irregular de los mismos.

Dentro de este contexto, encuentra la Sala que es lógica la posición de la señora Delegada del Ministerio Público cuando expresa en su concepto que se debe llegar a la conclusión de que "la revisión y adecuación de la política sancionatoria por

violación del régimen aduanero, hecha en el Decreto atacado, es apenas el producto del ejercicio de parte integrante de la facultad genérica que tiene el Gobierno para revisar y reglamentar en forma permanente toda la legislación vigente sobre materia aduanera. Es obvio que en la atribución constitucional de modificar el régimen arancelario, tarifas, y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, se encuentra ínsita la facultad de regular procedimientos e imponer sanciones en materia aduanera, pues si así no fuera, la atribución constitucional quedaría expuesta a su inejecución por carencia de medios coercitivos idóneos para cumplir con el mandato constitucional".

El acertado criterio, que es compartido por la Sala, está enmarcado en el concepto de la necesaria unicidad que debe imperar en la actuación administrativa y que debe estar en inescindible connivencia con la acepción que al vocablo "política" adscribe el Diccionario de la Real Academia Española cuando la define como las "orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado".

El campo determinado es el **régimen de aduanas** expresión que no podría tener significación distinta a la de **actividad comercial,** pues lugar común es decirlo, la aduana no tiene función ni objetivo distinto a la administración, regulación y percepción de los derechos sobre las mercancías importadas o exportadas siéndole entonces afín toda gana de actividades y de términos que en tal función se involucran tales como operación cambiaria, manifiesto de carga, gravamen, arancel y tarifa. Todo ello debe obedecer, necesariamente, a una "política comercial" de la Administración manifestada a través de los medios que le dan la Constitución y las Leyes, siendo uno de ellos el decreto que es ahora sometido a juicio.

Ya desde esta perspectiva, había dicho esta Sala en el auto del 29 de enero de 1993 (folio 74 del expediente), que "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" y por ende, cabe agregar por lo que se ha dicho, concernientes también a razones de política comercial.

Es así como, una vez analizado el texto del acto demandado a la luz de la norma constitucional que lo fundamenta, no se comprueba la acusación de que esté desobedeciendo o violando lo dispuesto por la misma Carta Política en el artículo 150, numeral 19, literal c).

Con relación al artículo 29 de la Constitución Nacional, es dable volver sobre lo dicho en estas consideraciones en cuanto a la facultad conferida al Gobierno, por la misma Constitución, para modificar todas las disposiciones concernientes al régimen de aduanas, sin que haya de exceptuarse lo que se relaciona con los aspectos

sancionatorios. No puede afirmarse, como lo hace el demandante, que al ocuparse el Gobierno en el Decreto demandando "de la tipificación de conductas prohibidas, de la fijación de sanciones para reprimirlas y de la creación de procedimientos para hacerlas efectivas", se está incurriendo en la violación de que "Todo juicio, y por tal deben entenderse las actuaciones administrativas tendientes a la aplicación de sanciones, debe verificarse conforme a **leyes preexistentes** a los actos que se imputan", según lo proclama el artículo 29 de la Constitución.

La acusación carece de fundamento, toda vez que, por una parte, se ha demostrado ya la raigambre constitucional de la disposición y, por otra, no recae el cargo sobre un hecho objetivo, concreto, esto es, sobre un acto que haya sido desprovisto de las garantías constitucionales atinentes al debido proceso, antes bien, se están creando en el Decreto analizado, mecanismos formales para evitar la ocurrencia de tales arbitrariedades. La no violación de la norma se colige con la sola lectura del inciso segundo en el que se exige la particularización de un acto: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las **leyes preexistentes al acto que se imputa,** ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (Se subraya).

No entrará por tanto la Sala en el análisis de las distintas teorías expuestas por las partes intervinientes, en particular por los señores apoderados de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior, sobre los fundamentos de la potestad sancionatoria de la Administración y sobre otros tópicos, sin que ello sea óbice para reseñar, así sea sucintamente, lo dicho por uno de ellos respecto al inciso que se acaba de transcribir en el sentido de que "en este caso, debe necesariamente concluirse que las leyes preexistentes serán aquellas disposiciones, **leyes en sentido material y no formal,** que conforman la legislación o normatividad propia del campo administrativo de que se trate. Para el caso de las infracciones al Régimen de Aduanas, serán aquellas disposiciones dictadas en desarrollo de la Ley Marco de Aduanas, dentro de las cuales están comprendidas las infracciones o conductas que violan determinadas obligaciones, y las sanciones a las mismas" (Subraya el libelista, folio 115). Sea también oportuno, reproducir la cita que se hace de una sentencia de la Sección Cuarta de esta Corporación en la que se afirma que la naturaleza de las sanciones debe ser igual a la de las obligaciones por cuya transgresión se imponen:

> "(...) La jurisprudencia de esta sección, en varios fallos que ahora resultan reiterativos, ha señalado que las prohibiciones que se consagran en los estatutos administrativos no son tipos penales cuya regulación se halla estrictamente condicionada al principio (...).
>
> "(...) No. Tales contravenciones, como infracciones que son del régimen legal o reglamentario administrativo son contravenciones administrativas y las condignas sanciones que se le aparejan son administrativas y por lo mismo su régimen jurídico en general es el administrativo y no el penal entendido en el sentido del Código Penal y de este mismo derecho". (*Ibídem.* Cita sentencia de mayo 30 de 1988. Sección Cuarta).

A este propósito, cabe agregar el pronunciamiento de la misma Sección en sentencia del 26 de junio de 1987 con ponencia del Consejero Jaime Abella Zárate:

> "El sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo; mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico.

Teniendo pues como fundamento lo que se ha dicho sobre el origen constitucional y legal, esto último con relación a la Ley Marco de Aduanas, y también las citas jurisprudenciales que la Sala hace suyas en cuanto a las definiciones que en ellas se hacen, se deduce la improcedencia de la nulidad que se solicita por la hipotética violación, no probada del artículo 29 de la Constitución Nacional por parte del decreto demandando.

En cuanto a la violación que de la Ley 6ª de 1971 denuncia el actor, observa la Sala, como se dijo en el auto que denegó la suspensión provisional del acto acusado, que el Decreto 1105 de 1992, dicta normas concernientes al régimen de aduanas y que 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. Por consiguiente, no se ve cómo pueda el decreto transgredir el artículo primero de esa ley ya que, mientras éste alude a las modificaciones del arancel aduanero, uno de los objetivos de la ley, las disposiciones del decreto se refieren al régimen de aduanas para sancionar las irregularidades que en él se concretan.

La clara redacción del artículo 1º de la Ley 6ª de 1971, conlleva su propia elocuencia:

> "Las modificaciones que en el Arancel de Aduanas decrete el Gobierno con fundamento en el artículo 65 del Acto Legislativo número 1 de 1968, modificatorio del artículo 205 de la Constitución Nacional, se efectuarán con sujeción a las siguientes normas generales:
> "....."

Por su parte, el artículo 2º de la misma Ley Marco de Aduanas, también señalado como agredido por el acto demandado, tiene una inmediata dependencia del anterior. Su texto reza:

> "Las disposiciones que dicta el Gobierno de conformidad con el artículo anterior, previo el concepto del Consejo Nacional de Política Aduanera, entrarán en vigencia en la fecha que el Gobierno determine".

Se dijo en el primer párrafo de este capítulo de consideraciones de la Sala, que el acto administrativo que se demanda, fue expedido por el Presidente de la República en especial uso de la facultad conferida en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a las pautas señaladas en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971.

En dicho numeral 25 se habla de modificar, no sólo los aranceles y tarifas, sino "las demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

Es así como se ve que el decreto acusado, hace absoluta abstracción del tema arancelario contenido en el artículo primero de la Ley 6ª y, citando como base legal el artículo 3º de la misma ley, toma disposiciones sobre la realización, mediante el uso de sistemas informáticos, de los procedimientos para la aplicación de los diferentes regímenes aduaneros, señala criterios para la reglamentación de la conexión directa de los usuarios de ese sistema, establece multas para las irregularidades en que puedan incurrir los usuarios, señala procedimientos para la aplicación de las sanciones y regula los recursos contra esas sanciones.

Al desarrollar, por tanto, el Decreto 1105 de 1992, el artículo 3º de la Ley Marco y no el primero, queda descartada la acusada violación de éste y, consiguientemente, de su adiátere el artículo segundo de la misma ley.

Ahora bien: es notorio el énfasis del demandante en señalar que la agresión del artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 por parte del acto sometido a juicio se da porque las materias que éste reguló, no son las mismas autorizadas por aquella y porque "a la luz de la Constitución Política de 1991 tal interpretación del artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 sería del todo inadmisible, pues como se vió las autorizaciones de la ley marco aduanera deben entenderse circunscritas a lo que tenga relación con consideraciones de la profusa literatura aportada por los respondientes de la demanda tratando de demostrar que las consultas exigidas por la norma fueron debidamente satisfechas, así como tampoco sobre la valoración semántica de la misma palabra "consultar", asuntos que el accionante apenas menciona sin que haya una acusación y sustentación formal de haberse pretermitido estos requisitos en la expedición del acto.

Baste entonces, para reafirmar una vez más el ajuste legal del acto acusado a las normas a las que debía estar sometido, lo que esta Sala había expresado en el auto *ut supra* referido:

> "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.

"...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 mercancías nacionales para protegerlas frente a las importadas, puede pensarse, por todas las anteriores razones que las medias acusadas son de carácter económico y responden a razones de política comercial dentro del nuevo modelo económico que en la actualidad adopta el Gobierno".

Por último, ya en relación con la solicitud hecha por quien se presenta como coadyuvante dentro del proceso, en el sentido de que "al momento de proferirse fallo de fondo en la demanda sometida a su consideración se señale que las normas del Decreto 1105 han sido derogadas con la expedición del Decreto 1909 de noviembre de 1992, que reguló la misma materia, por las razones de hecho y de derecho que me permito presentar a su consideración... les solicite (sic) abstenerse de hacer un pronunciamiento de fondo sobre la nulidad del Decreto 1105 de 1992, por haber sido derogado" (folios 200 a 204), esta Sala reitera que, en seguimiento de la jurisprudencia de la misma Corporación, no modificada hasta el presente, fallará en el fondo con claro criterio de equidad en consideración a las consecuencias y efectos que el acto demandado pudo haber tenido durante su vigencia.

Por lo expuesto y de conformidad con el concepto de la Procuraduría Primera Delegada cuyos argumentos se acogen, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso por no haberse utilizado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 23 de septiembre de 1993.

Miguel González Rodríquez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MUNICIPIO-Creación/ORDENANZA DEPARTAMENTAL-Sanción

Para la real y jurídica existencia del Municipio del Jordán era y es imprescindible la expedición por la Asamblea Departamental de Antioquia de una Ordenanza que obtuviera la correspondiente sanción ejecutiva, circunstancia ésta que no se dió en el presente caso. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 del Código de Régimen Departamental, la sanción ejecutiva es "el acto del Jefe Superior del Departamento que manda a ejecutar el proyecto que la envía la respectiva Asamblea y con el cual reviste a éste el carácter de Ordenanza".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº 2621. AUTORIDADES MUNICIPALES. Actor: Municipio de San Carlos.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el Departamento de Antioquia contra el auto de 7 de mayo de 1993, emanado del Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto "...DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 3927 de diciembre 21 de 1992, proferido por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia".

I. ANTECEDENTES

Dentro de la acción de nulidad propuesta por el Municipio de San Carlos contra el Decreto 3927 de Diciembre de 1992, dictado por el Gobernador de Antioquia, el actor de la referencia solicita la suspensión provisional de sus artículos 2º, 3º y 4º,

según los cuales, respectivamente, se convoca a elecciones para Alcalde Popular y Concejo Municipal de EL JORDAN, para el 16 de mayo de 1993; se dispone que el Alcalde y los Concejales elegidos tomarán posesión de sus cargos el 1º de junio de 1993, fecha en la cual el Municipio iniciará su acción administrativa y surtirá la plenitud de sus efectos jurídicos, con las respectivas autoridades locales, y se ordena que el Alcalde que por el presente decreto se designa, ejercerá las funciones hasta la posesión del electo.

Para los efectos de la suspensión provisional considera el accionante que las normas precitadas violan los artículos 40 transitorio de la Constitución Nacional, 187-4 de la Carta Política de 1886 y 72, 75, 77, 80 y 81 del Decreto 1222 de 1986.

El artículo transitorio 40 de la Constitución Nacional dice que "Son válidas las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990"; según la regla 187-4 de la Constitución anterior correspondía a las Asambleas Departamentales, por medio de Ordenanzas crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales entre los Distritos; y, las normas del Decreto 1222 de 1986 citadas como violadas se refieren a las Ordenanzas de las Asambleas Departamentales, a los tres debates que deben sufrir los correspondientes proyectos, a la sanción por parte del Gobernador y a las objeciones que por ilegalidad o inconstitucionalidad se pueden formular frente a ellas.

En esencia argumenta el accionante que las normas a las que se ha hecho mención resultan infringidas, ya que el Municipio de Jordán es inexistente jurídicamente, pues es evidente que no tuvo nacimiento conforme lo ordenan las disposiciones que rigen su creación, si en cuenta se tiene el oficio OSG-076 de 13 de abril de 1993 (folio 5) firmado por el Secretario General de la Asamblea Departamental y dirigido al Alcalde del Municipio de San Carlos, según el cual "El Proyecto de Ordenanza 'por medio del cual se crea el Municipio de Jordán', recibió los tres debates reglamentarios pero no fue sancionado...". La señora Gobernadora, Dra. Helena Herrán de Montoya, objetó dicho proyecto, por tanto no es posible certificar la existencia de dicha Ordenanza, ni su número, como tampoco la publicación correspondiente.

II. EL AUTO RECURRIDO

Mediante él se decreta la suspensión de los actos acusados porque a la luz de las normas del Decreto 1222 de 1986 y del artículo 187 de la Constitución Nacional de 1886 y de una jurisprudencia anterior del Tribunal Administrativo de Antioquia dictada en un caso similar, para la creación del Municipio es menester la expedición de una Ordenanza y sólo puede hablarse de la existencia de ésta cuando el correspondiente proyecto ha recibido sanción del Gobernador, circunstancia que no se ha dado en el caso de autos, habida consideración de que el proyecto de ordenanza fue objetado por la Gobernadora del Departamento sin que la Asamblea insistiera en él y sin que nunca fuera sancionado.

III. EL RECURSO INTERPUESTO

Lo sustenta la apelante en los siguientes términos:

"Los argumentos expuestos por el libelista en la demanda carecen de todo asidero legal, toda vez que si bien la Constitución Nacional y los Decretos 1333 de 1986, 1222 de 1986 consagran expresamente que corresponde a las Asambleas por medio de Ordenanzas crear los Municipios, no encontramos entonces sentido alguno al considerar que el artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional lo que hizo fue repetir una norma ya existente en diferentes disposiciones normativas y más aún colcándoles (sic) una fecha límite para ello, cuando antes y después de la misma el mecanismo ordinario para la creación de municipios es el mismo. Una sana lógica nos permite colegir sin mayor esfuerzo mental que el prementado artículo 40 transitorio se expidió con un fin, con una utilidad específica, con un sentido real y obvio que no es otro que el de tratar de orientar, de organizar situaciones que hasta esa fecha límite (31 de diciembre de 1990) no habían podido entrar a regir, a tener vida jurídica y el Legislador consciente de ello buscó la manera legal de adecuarlas, es por ello que no podemos desconocer jamás que las normas se crean lógicamente para producir un efecto y la actividad judicial debe hacer uso de los criterios auxiliares de justicia y entre ellos contamos con el principio de la "**utilidad de la norma**" en el que reiteramos que sería imposible, imprerante, irracional bajo todo punto de vista pretender considerar que dicho artículo 40 transitorio lo expidió el Legislador para repetir lo ya consagrado normativamente por él y menos aún haber procedido a fijar un límite de tiempo para ello, que en nada variaba lo existente, interpretación esta "inútil" bajo cualquier concepción legal, que choca, pugna ostensiblemente con la función del constituyente.

"Por lo anterior reiteramos que obrando el Gobernador legalmente tal y como lo expusimos, procedió entonces a darle operatividad a este artículo 40 transitorio de la Constitución Política, designando a una persona que se encargara de dirigir los designios del nuevo Municipio en calidad de encargado, hasta tanto se elige Alcalde popularmente para la cual se fijó la fecha respectiva e igualmente para elegir los Concejales, todo ello obviamente para el nuevo Municipio de El Jordán creado en desarrollo de la disposición constitucional y puesto en marcha con base en el acto administrativo expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, discrepando totalmente de los argumentos e interpretaciones del accionante" (Las subrayas son del apelante).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esta oportunidad observa la Sala que la acción de nulidad propuesta cobija también el artículo 4º del Decreto 3927 de 1992, que guarda directa e indiscutible relación con el 1º ibidem, los cuales se refieren a la designación del Alcalde en calidad de encargado y al término de sus funciones, respectivamente. En las anterio-

res condiciones la Sala avocará el conocimiento de la apelación en cuanto a los artículo 2º y 3º del decreto acusado por ser procedente respecto de ellos la acción incoada, y en cuanto al 4º ibidem, la avocará sólo para efecto de revocar la medida precautelativa por cuanto frente a ellos procede únicamente la acción de nulidad electoral.

Hecha la precisión anterior la Sala confirmará la providencia impugnada, por las razones que se exponen a continuación:

Para la real y jurídica existencia del Municipio del Jordán era y es imprescindible la expedición por la Asamblea Departamental de Antioquia de una Ordenanza que obtuviera la correspondiente sanción ejecutiva, circunstancia ésta que no se dió en el presente caso tal como lo acreditara con la constancia del Secretario General de la Duma, visible al folio 5 de las diligencias.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 del Código de Régimen Departamental, la sanción ejecutiva es "el acto del Jefe Superior del Departamento que manda ejecutar el proyecto que le envía la respectiva Asamblea y con el cual reviste a éste del carácter de Ordenanza".

Ante la inexistencia del Municipio del Jordán, el Gobernador del Departamento de Antioquia carecía de competencia para dictar las disposiciones contenidas en los artículos 2º y 3º del Decreto Impugnado, por medio de los cuales se convoca a elecciones para Alcalde Popular y Concejo Municipal del Jordán y se señalan fechas para la posesión de los elegidos.

Esta misma Sala en auto de 29 de julio de 1993, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez dentro del expediente Nº 2546, al confirmar la suspensión provisional del Decreto 3926 de 1992, refiriéndose a los mismos argumentos de la apelante, expresó:

> "El disentimiento del apelante se funda en una absurda interpretación del artículo transitorio 40 de la Carta, invocado como fundamento del decreto cuestionado, al darle a esta norma un sentido y alcance de los cuales carece en absoluto.
>
> "Su texto no sugiere ni remotamente, y no podía ser en sana hermenéutica de otra manera, que ella está per se consolidando y legitimando la creación de municipios cuyos respectivos trámites para su conformación hubiesen quedado inconclusos a 31 de diciembre de 1990, ni menos aún puede entenderse, porque resulta sencillamente aberrante, que la mencionada disposición constitucional esté autorizando al ejecutivo departamental para que motu proprio origine y cree directamente una entidad territorial municipal. Estas apreciaciones del apelante resultan a todas luces injurídicas, ilógicas, absurdas, pues pugnan abiertamente no sólo con el contenido de la misma disposición superior citada sino con todas las regulaciones constitucionales y legales que en materia de creación de municipios se hallan establecidas y que el actor cita como manifiestamente vulneradas.

"Ni aún acudiendo al principio de la "utilidad de la norma" que se esgrime como razón para fundamentar su discrepancia con la decisión del a quo, podría válidamente pensarse en que dicho canon supralegal estuviese diciendo lo que el recurrente sostiene, es decir, que dicha norma superior autoriza al gobernador par que éste mediante un acto administrativo suyo sustituya lo que sólo es viable realizar mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes establecidas en los Decretos-Leyes 1222 y 1333 de 1986, que el actor cita como infringidas por el acto acusado.

"El texto del artículo transitorio 40 de la Carta confirma el aserto de la Sala con respecto a la "razones" interpretativas que expone el apelante. Dice así la norma:

"Son válidas las creaciones de los municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990".

"En esta inteligencia, pues, hay que reiterarlo, la decisión del a quo, con fundamento, como quedó atrás reseñado, en el que la localidad de "La Pintada" no tenía existencia jurídica como municipio, pues el proyecto de Ordenanza que pretendía erigirla como tal, si bien sufrió los tres debates reglamentarios, no recibió la sanción ejecutiva, es acertada, ya que éste es requisito sin el cual no se adquiere el carácter de ordenanza según los claros términos del artículo 81 del Código de Régimen Departamental".

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

RESUELVE:

1º CONFIRMAR el auto de 7 de mayo de 1993 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto por él se decretó la suspensión provisional de los artículos 2º y 3º del Decreto 3927 de diciembre 21 de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia.

2º REVOCASE la misma providencia en cuanto se decretó la suspensión provisional del artículo 4º del acto acusado y, en su lugar, SE INHIBE de hacer un pronunciamiento sobre su suspensión provisional, por las razones expuestas.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 23 de septiembre de 1993.

Miguel González Rodríquez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SECCION

SEGUNDA

ACTO DE CONVOCATORIA

El acto de convocatoria, genérico sin duda, fija las pautas a seguir, los requisitos de concurso y los requisitos que deben acreditar quienes aspiren a concursar. Es decir, es " la Ley del concurso" la convocatoria no puede confundirse con el desarrollo de concurso en sí considerado; sus ordenamientos, debiéndose ajustar a las normas superiores que los inspiran, pueden ser sometidos a juzgamiento mediante las acciones pertinentes.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Santafe de Bogotá, D.C. siete (7) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Lecompte Luna

Referencia: Expediente No. 4333 AUTORIDADES NACIONALES Actor: Gustavo Humberto Rodríguez y otros.

El Dr. Gustavo Humberto Rodríguez, actuando en su propio nombre y en representación de los jueces del distrito judicial de Ibagué, Dres. Pedro Antonio Villa Mora, Martha Lucia Betancourt y otros, en ejercicio de la acción publica de nulidad a que se refiere el articulo 84 del código contencioso administrativo, solicitó de esta jurisdicción que previo el trámite del proceso ordinario contemplado en los artículos 206 y siguientes del C.C.A., en sentencia definitiva se declare la nulidad de los apartes del acto administrativo proferido conjuntamente por el consejo seccional de la carrera del distrito judicial de Ibaguè y el tribunal superior del mismo distrito judicial por el cual se hizo la "Convocatoria o concurso de la carrera judicial para ingreso o ascenso de jueces de la república con fecha de 24 de Octubre de 1988."

Los apartes acusados son los siguientes:

"CONCURSO DE LA CARRERA JUDICIAL PARA INGRESO O ASCENSO A CARGOS DE JUECES DE LA REPUBLICA.

El con consejo seccional de la carrera del distrito judicial de Ibagué, en forma conjunta con el tribunal superior,

CONVOCA A:

Todos los interesados a fin de que se inscriban al concurso para la provisión de vacantes para el periodo constitucional que se iniciará el 1° de septiembre de 1989.

PARAGRAFO 1°. Los funcionarios vinculados a la rama jurisdiccional interesados en concursar deberán además, inscribirse y participar en los cursos de capacitación, por especialidades ofrecidos previamente al concurso, por la escuela judicial "Rodrigo Lara Bonilla", en coordinación con los organismos administradores de la carrera."

EMPLEOS A PROVEER

Jueces superiores, jueces del circuito, jueces de menores, jueces especializados, jueces especiales, jueces de instrucción criminal, jueces municipales, jueces promiscuos y jueces territoriales, en todos los municipios del distrito.

IV. INSCRIPCION AL CURSO

A finales del mes de octubre, la escuela judicial "Rodrigo Lara Bonilla; a través de la oficina seccional de la carrera, remitirá a a cada uno de los jueces , un manual descriptivo de los cursos en el cual se explican sus objetivos, las características de la modalidad semi-presencial, las actividades en las cuales debe participar cada juez para acreditar su participación y un formulario de inscripción al curso. Este último, debidamente diligenciado se debe entregar o remitir a la oficina seccional de la carrera, entre el diez y seis (16) y veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Posteriormente se citará a cada juez a una reunión de iniciación del curso"

V. INSCRIPCION AL CONCURSO

Los aspirantes podrán inscribirse al concurso en una de las siguientes opciones :

OPCION 1. : Juez escalafonado que sólo aspire a ser reelegido en su propio cargo.

.PARAGRAFO 1°. Entiéndase por propio cargo aquel en el cual se está escalafonado, identificado por su número, especialización, categoría y ubicación (ejemplo: Juez primero civil municipal de Ibagué), salvo para los jueces de instrucción cuyo numero, clase (radicado o ambulante) y ubicación, pueden ser variados discrecionalmente por el tribunal en el momento de la nominación, sin afectar los derechos del escalafón."

VI. CARACTERISTICAS DEL CONCURSO

Los funcionarios escalafonados que concursen para su propio cargo, tendrán un punto por cada dos puntos btenidos en la evaluación."

.....

VIII. ELECCION

El tribunal eligirá los aspirantes de entre los que hayan aprobado el concurso de acuerdo con el siguiente orden de preferencia :

1. En primer lugar deberán considerar el nombre de quien está escalafonado en el cargo y haya participado en el concurso para su propio cargo.

2. Si el tribunal decide no elegir a quien participó en el concurso en las condiciones señaladas en el ordinal anterior, deberá considerar el nombre de otros funcionarios de la rama jurisdiccional que pertenezcan al escalafón de la carrera en el momento de la inscripción y hayan concursado y aprobado para dicho cargo con un puntaje superior al obtenido por quien está desempeñándolo.

693. Si el tribunal decide proveer el cargo con un participante distinto a los mencionados en los ordinales anteriores, sólo podrá elegir a quien haya concursado para dicho cargo y haya obtenido un puntaje superior al de aquellos.

4. No podrá elegirse como juez persona a la cual se manifiesta, por mayoría de votos, reservas morales sobre su conducta pública o privada."

IX. NOMBRAMIENTO

Quienes sean electos serán nombrados en propiedad y escalafonados en carrera si al momento de la elección estaban vinculados, a la rama jurisdiccional en este mismo carácter como funcionarios de la misma. Los demás participantes en el concurso serán nombrados en períodos de prueba."

HECHOS DE LA DEMANDA

Expone el actor, en síntesis los siguientes hechos :

a) Que en virtud de la ley 52 de 1984, por la cual el congreso nacional otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para " Revisar, reformar y poner en funcionamiento la carrera judicial" , se dictó el decreto 2400 de 1986.

b) Que la mayoría de las normas del decreto antes citado fueron declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de marzo de 1986, razón por la cual el gobierno expidió el decreto extraordinario 0052 de 1987 que sustituyó y derogó los decretos 2400 excepto los artículos 67, 188 a 194, 201, 206 y 207; 1768 y 1373 de 1986 y 1190 de 1986, excepto los artículos 2, y 4°.

c) Que el consejo seccional de la carrera del distrito judicial de Ibagué expidió la convocatoria a concurso de la carrera judicial para ingreso y ascenso a cargos de jueces de la república. Esta convocatoria tiene fecha 24 de octubre de 1988.

d) Que el acto administrativo acusado convoca y se refiere a todos los jueces del distrito judicial de Ibagué, de los diferentes niveles y jurisdicciones, actualmente escalafonados, los cuales deberán inexplicablemente concursar para poder ser elegidos en su propio cargo.

La decisión del consejo seccional de la carrera del distrito judicial de Ibagué, vulnera flagrantemente todos los principios jurídicos que informan la carrera judicial, y consecuentemente, violan normas superiores de derecho.

e) Precisamente los apartes acusados de la convocatoria mencionada, desarrollan los mecanismos administrativos que implican que los jueces actualmente escalafonados deben concursar nuevamente para su propio cargo, lo cual significa en la práctica que no existe carrera judicial.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el actor como violados con los apartes de la convocatoria acusados los artículos 162 de la Constitución Nacional, 1° y 51 del Decreto Extraordinario 0052 de 1987.

El concepto de la violación expuestos a folios 79 a 87 del cuaderno principal, lo resume el actor en el alegato de conclusión, de la manera siguiente :

> "1.- En primer término, me remito a lo expuesto en la demanda, particularmente en el capítulo destinado al concepto destinado a la violación de normas superiores por parte de las acusadas.
>
> 2.- Como está dicho en este libelo, los principios fundamentales de la carrera judicial, examinados por la Corte Suprema de Justicia al examinar el contenido y el espíritu del artículo 162 de la carta (sentencia de 22 de julio de 1970, G.J. No. 2338 Bis, pag. 274), son los de establecer igualdad de condiciones para su ingreso, y la estabilidad laboral, condicionada al eficiente cumplimiento de los deberes, debidamente calificados.
>
> Ello implica, entonces, que los candidatos, para acceder a la carrera judicial participan en concurso abierto cuando se trata de ingreso o ascenso, en ningún caso para permanecer en el cargo para el cual están escalafonados, como inconstitucionalmente e ilegalmente lo exigen las normas acusadas en este proceso.
>
> Por lo demás, el escalafonamiento de un funcionario en la carrera judicial crea una situación jurídica individual y concreta, irrevocable a voluntad unilateral de

la administración con equivalencia a la de un derecho adquirido, conforme al cual tiene el derecho a permanecer en el cargo mientras no incurra en mala conducta.

3.- Por las mismas razones se violan los objetivos de esa carrera, previstos en el articulo 1° del D.E. 52 de 1987, así como el artículo 51 ibídem, violación esta última en que incurre el artículo 16 del acuerdo N° 2 de 1987 del Consejo Superior de la Administración de Justicia, en cuanto dispone que no serán reelegidos los funcionarios actuales así sean escalafonados, si obtienen dos calificaciones insatisfactorias.

4.- De otra parte, se infiere claramente del decreto 52 de 1987, en particular el articulo 51, que su intención es la de asegurar o garantizar la estabilidad de los funcionarios judiciales legalmente escalafonados, salvo que incurran en mala conducta. Esto es lo que expresa la Corte Suprema de Justicia en sentencia N° 64 de junio 25 de 1987, expediente 1597 intención que se ve burlada o violada con los actos y normas acusadas."

CONCEPTO FISCAL

L a colaboradora fiscal del estrado al descorrer el traslado de rigor, después de citar los artículos 162, de la Constitución vigente en la época y 4° 5°, 21 y 39 del C.C.A., expuso :

"Para pertenecer a la Carrera judicial, se debe cumplir un proceso de selección compuesto por las siguientes etapas : Convocatoria, el concurso y el período de prueba, durante este último "los funcionarios y empleados serán calificados en tres oportunidades. Dos calificaciones insatisfactorias darán lugar al retiro mediante declaratoria de insubsistencia motivada". (artículo 35 del Decreto 052 de 1987).

De conformidad con el artículo 21, inciso 2° del Decreto 052 de 1987, el concurso "será abierto y podrán participar quienes pertenecen a la carrera, al servicio o personas ajenas a ellos."

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que si el concurso es una etapa del proceso de selección e ingreso a la carrera judicial, qué garantía tendrían los jueces que ya han ingresado, y han sido nombrados en propiedad o han cumplido el período de prueba satisfactoriamente, al vencimiento del período establecido en la Constitución Nacional, en los artículos 157 y 158 ?

Considera el despacho que tendrían la oportunidad de concursar para otro cargo, pero no para el que desempeñan, porque tienen derecho preferencial a ser elegidos salvo que han incurrido en el supuesto señalado en el art. 51, inciso 2o. Del decreto 52 de 1987. Esta norma al dar la posibilidad de reelección al vencimiento del periodo, permite que el juez continúe en el cargo, mediante nombra-

miento para el periodo próximo a iniciarse, sin necesidad de concursar, siempre y cuando, su rendimiento (notas), y comportamiento, haya sido satisfactorio.

El proceso de selección dentro del cual figura la etapa del concurso solamente se da para dos casos específicos a saber, el ingreso y el ascenso a la CARRERA JUDICIAL, mas no para la reelección con el fin de permanecer en el mismo cargo que esta desempeñando.

En conclusión, se podría afirmar que el juez de carrera que esté desempeñando el cargo en un juzgado determinado para el cual fue escalafonado, no necesita concursar para permanecer en el mismo, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 39 del decreto 052 de 1987.

Así las cosas, se tiene que algunos de los numerales del acto acusado sobre la convocatoria a concurso que hiciera el consejo seccional de la carrera judicial, violan los artículos 162 de la constitución nacional y 51 del decreto 052 de 1987, por lo que se harían anulables alguno de ellos así :

Numeral I : EMPLEOS A PROVEER. Sería anulable la frase que dice : " En todos los municipios del distrito" por cuanto se deben excluir los empleos de juez, en aquellos municipios que han sido desempeñados al vencimiento del periodo por personas inscritas en la carrera con nombramiento en propiedad o que hubieren terminado el tiempo del periodo de prueba.

Numeral IV : INSCRIPCION AL CURSO. Este seria anulable, en relación con los jueces inscritos en la carrera, pero no para quien aspire a entrar en la carrera o quien perteneciendo a la misma quiera concursar para otro cargo distinto al que desempeña.

Numeral V : INSCRIPCION AL CONCURSO. Opción 1, paragrafo 1o., serian anulables por las razones dadas con anterioridad.

Numeral VI : CARACTERISTICAS DEL CONCURSO. "Los funcionarios escalafonados que concursan para su propio cargo tendrán un punto por cada dos puntos obtenidos en la evaluación". Seria anulable por cuanto los jueces inscritos en la carrera no deben concursar.

Numeral VIII: ELECCION. Solo quedaría vigente en cuanto no se refiera a los jueces de carrera."

No encontrándose causa que puedan viciar la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Deberá dilucidar la Sala, en primer término, si la convocatoria es una cato susceptible de ser acusado ante la jurisdicción de lo contencioso - administrativo.

Respecto a ello debe señalarse y recordarse que así lo ha estimado esta Sala en numerosas ocasiones al fallar de fondo las demandas presentadas contra convocatorias o concursos de jueces, porque estima que dicho acto, genérico sin duda, fija las pautas a seguir, los requisitos del concurso y los requisitos que deben acreditar quienes aspiren a concursar, es decir, es " la ley del concurso."

Ciertamente es a la vez punto de partida. Por tal razón , la convocatoria no puede confundirse con el desarrollo del concurso en sí considerado; sus ordenamientos, debiéndose ajustar a las normas superiores que lo inspiran pueden ser sometidos a juzgamiento mediante las acciones pertinentes.

Esclarecido este punto, procede esta Sala al estudio de fondo de la cuestión planteada, es decir, si los jueces ya escalafonados en la carrera judicial no deben ser convocados al concurso para la provisión de los cargos que desempeñan por que tienen derecho a la estabilidad y ser reelegidos, salvo que hayan obtenido dos calificaciones insatisfactorias durante el periodo.

Al respecto se observa que al tenor de lo dispuesto en el título III del decreto número 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 el 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, no necesitan para su reelección, participar en un nuevo concurso, por cuanto para ello, solo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, de acuerdo con lo previsto en el art.51 del citado decreto, tratándose de funcionarios, traen como consecuencia que no puedan ser reelegidos.

La improcedencia de convocar a con curso a los aspirantes ya escalafonados para continuar para ei mismo cargo es un corolario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime el concepto de "carrera", pues es inherente a este, no solo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa estabilidad de quienes ingresan a ella, estabilidad que esta condicionada obviamente 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.

Criterio semejante al expuesto fue determinado por esta Sala en fallo del 13 de marzo de 1992, expediente 4361, actor : Juan Alberto Rodríguez Faccetti con ponencia del magistrado Dr. Joaquín Barreto Ruiz que declaró la nulidad de los apartes de la convocatoria al concurso para jueces del distrito judicial de Montería y más recientemente, en fallo de 18 de mayo de 1993 en que se hizo lo propio para la convocatoria que se hiciera, con el mismo objeto, para los distritos judiciales de Tunja y de Sta. Rosa de Viterbo (exp. 4421, actor, Gustavo H. Rodríguez y otros, Magistrada ponente Dra. Clara Forero de Castro).....

Hoy se reafirma la Sala en tales criterios.

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.- Declárese nulo el acto de convocatoria a concurso de la carrera judicial correspondiente al distrito judicial de Ibagué, expedido por el consejo seccional de la carrera judicial y el tribunal superior del distrito judicial mencionado para el período que se inicio el 1o. De septiembre de 1989, únicamente en los siguientes apartes :

Del capitulo V, INSCRIPCION AL CONCURSO :

" OPCIÓN 1. Juez escalafonado que solo aspire a ser reelegido en su propio cargo ."

"PARAGRAFO 1o. Entiéndase por propio cargo aquel en el cual está escalafonado identificado por su número, especialización, categoría y ubicación (Ejemplo : Juez 1o. Civil municipal de Ibagué, salvo los jueces de instrucción cuyo número, clase (radicado o ambulante y ubicación, pueden ser variados discrecionalmente por el tribunal en el momento de la nominación, sin afectar lo derechos del escalafón."

Del capítulo VI, CARACTERISTICAS DEL CONCURSO:
"Lo funcionarios escalafonados que concursan para su propio cargo, tendrán un punto por cada dos puntos obtenidos en la evaluación."

Del capítulo VIII, ELECCION : La frase que se subraya a continuación:

"En primer lugar deberán considerar el nombre de quien está escalafonado en el cargo y haya participado en el **concurso para su propio cargo.** "

Del mismo capitulo VIII , los capítulos 2 y 3 en su integridad.

Del capitulo IX, NOMBRAMIENTO, La siguiente oración:

"Quienes sean electos serán nombrados en propiedad y escalafonados en carrera si al momento de la elección estaban vinculados a la rama jurisdiccional con este mismo carácter como funcionario de la misma."

2.- Niéganse las demás suplicas de la demanda

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EN EL EXPEDIENTE.-

CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sección celebrada el día 17 de junio 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.

REAJUSTE PENSIONAL - Requisitos/**RETIRO DEL SERVICIO/ PENSION DE JUBILACION/SALARIO**-Compatibilidad

Cuando por mandato de la ley no sea indispensable el retiro del servicio para gozar de la pensión con reajustes, esta se puede percibir simultáneamente con el sueldo de actividad, en lo que constituye excepción al principio general de que nadie puede devengar dos asignaciones provenientes del tesoro.

PENSION DE JUBILACION /SECTOR PRIVADO-Régimen aplicable/**INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**-Reglamento

El artículo 4° del decreto reglamentario debe entenderse, en la parte que alude a los reglamentos del Instituto referido a esas pensiones reguladas por ellos, y no a las del sector público las cuales obviamente deben ser reguladas por el legislador.

SUSTITUCION PENSIONAL -Beneficiarios/**CONYUGE SOBREVIVIENTE/ MATRIMONIO/SOCIEDAD CONYUGAL**/Disolución/ **SEPARACION DE CUERPOS/POTESTAD REGLAMENTARIA**

La ley reglamentaria no establece la disolución de la sociedad conyugal o la separación definitiva de cuerpos causales para que el cónyuge sobreviviente pierda el derecho a la sustitución pensional. Tampoco esta señalada ninguna de esas causales de pérdida del derecho en la leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980, y 113 de 1985, cuyas previsiones en materia de sustitución pensional - por mandato del artículo 3° de la Ley 71 de 1988 - se extiende en forma vitalicia "al cónyuge superstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos , a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado...", en los términos allí mismo establecidos. Ni la disolución de la sociedad conyugal ni la separación legal ni definitiva de cuerpos hacen desaparecer el vinculo matrimonial, que es el

que debe estar vigente al momento de la muerte, según ley colombiana, para tener la calidad de cónyuge superstite y hacerse acreedor a la sustitución pensional como tal. Cosa distinta es, que el cónyuge superstite haya sido el culpable de la separación definitiva o haga vida marital con otra persona; caso en el cual serán estas circunstancias las que impidan la sustitución , maás no el sólo hecho de la separación de bienes o de cuerpos.

SUSTITUCION PENSIONAL -Beneficiarios/COMPAÑERO PERMANENTE/POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

El reglamento no puede exigir la condición de soltero o soltera la compañera o compañero permanente para tener derecho a sustitución pensional, pues esa exigencia no esta contenida en las leyes que reglamentan este derecho , ni se deduce de alguna de sus disposiciones. Es verdad que aun no se ha definido, por mandato legal, que se debe entender por compañero o compañera permanente; pero al determinar por medio de reglamento que para efectos de sustitución pensional quien reclame tal calidad debe ser soltero (a), evidentemente no se está facilitando la cumplida ejecución de la ley -que es la razón de ser del reglamento-, sino alterando su mandato o variando la voluntad del legislador, sin facultades para hacerlo.

SUSTITUCION PENSIONAL/COMPAÑERO PERMANENTE-Requisitos/ CONVIVENCIA MARITAL-Término

Es de elemental sentido común que se necesite "la permanencia (en el tiempo) de la convivencia marital porque de ella habla la ley". Y si - como en este caso - la ley no precisa ningún lapso para acreditar la ocurrencia de esa vida marital , debe el reglamento hacerlo en forma razonable, en procura justamente de esa adecuada y eficaz aplicación de la ley.

SUSTITUCION PENSIONAL /COMPAÑERO PERMANENTE -Requisitos/ SENTENCIA DE DIVORCIO/POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

Es verdad que el requisito de presentar sentencia judicial debidamente ejecutoriada sobre nulidad o divorcio del matrimonio con el fin de obtener sustitución pensional para el compañero (a) permanente con vínculo matrimonial, no lo establece la Ley 71 de 1988 ni ninguna de las otras leyes que regulan la sustitución. Y sí como ya se dijo, no exige la ley ser soltero para tener la calidad de compañero (a) permanente, tampoco hay razón para exigir sentencia judicial de nulidad o divorcio. Esta previendo el decreto reglamentario, que la compañera o compañero permanente no pueda solicitar dos sustituciones pensionales : Una la de su legitimo esposo(a) y otra de su compañero (a) permanen-

te. Es necesario recordar que el artículo 1° de la Ley 113 de 1985 dice que para efectos de sustitución pensional se entenderá que es cónyuge superstite el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de la muerte. Pero como ya se dijo anteriormente, la doble condición de esposo (a) legitimo(a) y compañero (a) permanente no puede darse en ningún caso para efectos de sustitución pensional, porque la esposa (o) que haga vida marital con otro (a) - requisito que debe acreditar para merecer la sustitución como compañera (o)- pierde el derecho como cónyuge.

SUSTITUCION PENSIONAL-Beneficiarios/ESTADO DE INVALIDEZ-Determinación/INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Facultades

La determinación, es decir, la fijación del estado de invalidez es el resultado de una comprobación o experticia médica según la cual el inválido es analizado clínicamente para saber -frente a los factores previamente establecidos - que grado de invalidez padece. Siendo el Instituto de Seguros Sociales una entidad meédico-asistencial, que además responde por las pensiones de invalidez de los trabajadores privados y de los trabajadores oficiales, resulta apenas lógico que conforme a la experiencia de su personal científico, médico y paramédico, sea ese organismo el -cuando no lo haga la ley- precise el estado de invalidez que se exige para tener derecho, en algunos casos a sustitución pensional. Lo autoriza el artículo 259 del C. S. del T.

PENSION DE JUBILACION POR APORTES

Aquí no se está limitando el derecho de las personas a acceder a la pensión de jubilación por aportes. La limitante se establece, de una parte, para quienes cumplan 20 años de trabajo en entidades oficiales y, de otra, para quienes coticen 1.000 o más semanas al I.S.S. Naturalmente, la pensión a que se tenga derecho en uno y otro caso no es por aportes, no es mixta por concurrencia de los sectores público y privado, sino en el primer caso (literal b) será de cargo de cualquiera de las entidades oficiales allí enumeradas y en segundo (literal c), por cuenta del Instituto de Seguros Sociales.

PENSION DE JUBILACION-Liquidación/SALARIO ASEGURADO/FACTORES SALARIALES/POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites

La demanda no señaloó las normas que consagren otros factores salariales fuera de los enumerados en el decreto acusado. Pero, en sentir de la Sala, no es menos cierto que por decreto reglamentario no se puede definir que se entiende por salario asegurado. El artículo 127 del C.S.T. precisa que "Constituye salario no sólo la remuneración fija

u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie...". Los factores que constituyen salario son, pues, señalados por la ley, o por el presidente con facultades al efecto. Una enumeración taxativa como la que se acusa excede la potestad reglamentaria por que es la ley la que señala cuales factores salariales, que el trabajador efectivamente ha devengado, deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión. El gobierno podía reglamentar los términos y condiciones " para reconocer y pagar la pensión (Ley 71/88, art. 7), pero no ocuparse del monto de la misma; menos aun definiendo conceptos que, como el salario Asegurado no siquiera figura en la ley reglamentada.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sSección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., julio ocho (8) de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N° 4583: Decretos del Gobierno. Actora: Alba Lucia Carvajal y Otros.

En ejercicio de la acción pública de nulidad y actuando en sus propios nombres, los ciudadanos Alba Lucia Carvajal Molina, Gloria Janeth Matiz Restrepo y Ramiro Mejía Correa piden al Consejo de Estado anular parcialmente estos artículos del Decreto reglamentario 1160 (junio 2) de 1989: 2°, 4°, 7°, 9°10, 12, 13, 15, 20, 22, 24, y 25.

La demanda considera que los artículos acusados violan las siguientes normas :

Artículos 20, 62, 76-9 y 120-3 de la C.N. (anterior); Ley 33 de 1973, art. 2°; Ley 12 de 1975, art. 2°; ley 44 de 1980, art. 1° parágrafo único; Ley 113 de 1985, art. 1°; Ley 71 de 1988, arts. 3°, 7°, 8°, 9o° y 11; D.L. 2277 de 1979, art. 31; Ley 114 de 1913, art. 4°.

El concepto de violación aparece expuesto a folios 12 y siguientes. En la parte considerativa de esta providencia se analizará el correspondiente a cada uno de los artículos acusados.

EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto de fondo, la Doctora Fiscal Quinto de la Corporación hace un detenido análisis de la controversia y se muestra parcialmente favorable a las súplicas de la demanda (folios 60 a 67).

Surtido el trámite correspondiente se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a establecer si son, o no son, contrarias a derecho, las disposiciones señaladas en la demanda y contenidas en Decreto 1160 de 1989, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 71 de 1988 sobre el régimen de pensiones.

Dado que son varias las normas acusadas, para mayor claridad serán analizadas por separado, así :

A.- Artículo 2°, que establece :

"BENEFICIARIOS DEL REAJUSTE. Tendrán derecho al reajuste de las pensiones de que trata el artíulo anterior, aquellas personas cuyo derecho se haya causado y estén retiradas del servicio o desafiliadas del régimen de los seguros sociales obligatorios en los riesgos de invalidez, vejez y muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional".

Dice la demanda que este artículo, así como los números 9, 10 y 20 del Decreto 1160, contemplan límites no establecidos en la ley "para obtener derechos a reajustes pensionales para educadores y demás empleados oficiales que tienen régimen especial" (folio 12). Y agrega que el requisito de estar retirado del servicio para poder gozar de pensión con reajustes"... no soóo excede la potestad reglamentaria si no que viola las leyes especiales de los educadores y demás empleados de régimen especial" (f. 13).

La sala ya ha tenido oportunidad de dilucidar este punto (Sentencia aprobada en sesión del día 3 de junio de 1993. Expediente N°4613. Actor Milan Díaz García) concluyendo que el requisito de retiro no lo ha establecido el Decreto Reglamentario 1160 sino la ley reglamentada, que en el artículo 8° determina:

"Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez una vez reconocidas, se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado **desde la fecha que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión**..." (Subrayas de la Sala).

Como se observa, la ley establece como regla general el retiro del servicio para hacer efectivas las pensiones, dejando a salvo los casos de excepción al expresar : "**cuando sea necesario** para gozar de la pensión". Naturalmente - como dijo la Sala en la oportunidad citada cuando por mandato de la ley no sea indispensable el retiro del servicio para gozar de la pensión con reajustes, esta se puede percibir simultáneamente con el sueldo de actividad, en lo que constituyen excepción al principio general de que nadie puede devengar dos asignaciones provenientes del tesoro.

De manera que, correctamente interpretados los apartes del decreto cuestionado que habla del retiro del servicio para gozar de la pensión con reajustes, no resultan violatorios de las normas invocadas en la demanda y no es dable, por ello, anularlos.

Es decir, el decreto reglamenta la norma general y se refiere a ella, y no los casos de excepción contemplados en leyes especiales.

Iguales razonamientos caben para concluir que por los argumentos alegados en la demanda no pueden declararse nulos los artículos 9, 10 y 20 del Decreto Reglamentario, por la mención que hacen al retiro del servicio. Lo dicho en la sentencia aprobada por la sala el 3 de junio de 1993 en el expediente N° 4613, Actor : Milan Díaz García, respecto al artículo 9° es válido en esta ocasión:

> "El 9° regula la efectividad y pago de las pensiones y prescribe que una vez reconocidas se harán efectivas y deberán pagarse desde la fecha en que el empleado o trabajador en forma definitiva se retire del servicio o se desafilie de los seguros de invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Agrega que, la entidad pagadora, comunicará al empleador la fecha a partir de la cual se incluirá en nomina al pensionado para que proceda a su retiro del servicio".
>
> ...
>
> "La regla general en esta materia, en razón de la prohibición constitucional de devengar más de una asignación del tesoro público, es la de que para disfrutar de la pensión es necesario retirarse del servicio. Es decir, que no puede devengarse al mismo tiempo pensión y sueldo, salvo las excepciones taxativamente establecidas en la ley".

En cuanto al artículo 10 que reza :

> "RELIQUIDACION DE LA PENSION DE JUBILACION. Los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio, una vez producido éste, se les reliquidará dicha prestación, tomando como base el promedio de los salarios devengados en ultimo año de servicios".

La Sala observa que en el libelo no se hace ningún planteamiento concreto que indique en que consiste su contrariedad con las normas invocadas.

El artículo 20, se analizará má adelante, conforme a otros planteamientos que se hacen en el libelo.

B.- Artículo 4°, que dice :

> "CAUSACION DEL DERECHO. Se entiende causado el derecho a una pensión , cuando se reúnan los requisitos señalados para cada caso, en la ley, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral y Reglamentos del Instituto de Seguros Sociales".

Sostiene la demanda que este artículo excede la potestad reglamentaria y traslada a un establecimiento público - el Instituto de Seguros Sociales- "... la facultad de dictar reglamentos que determinen la causación del derecho a una pensión de jubilación siendo esta competencia exclusiva del congreso, como lo determina el artículo 76-9 de la Constitución Nacional" (f. 14).

De lo anterior, y de las subrayas del libelo, se infiere que la nulidad que se pide decretar es la expresión **Reglamentos del Instituto de Seguros Sociales.**

Estima la Sala que el anterior planteamiento hace caso omiso de una situación ; la de los pensionados del sector privado y la de los trabajadores oficiales. Para ellos, las pensiones se causan cuando se reúnan los requisitos señalados no sólo en la ley, sino también en las convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales y dentro de los reglamentos que dicte el Instituto de Seguros Sociales, aprobados por el Gobierno.

Es el mismo artíulo 259 del C.S. del T., declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de 9 de Septiembre de 1982, de la que fue ponente el magistrado Doctor Ricardo Medina Moyano, Proceso 971), el que así lo dispone.

Dice así el artículo 259 en su numeral 2:

"Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto".

Actualmente por ejemplo, la pensión de vejez que paga el Instituto de Seguros Sociales, se rige en lo establecido en tales reglamentos y es a esos casos a los que se refiere la norma acusada.

De manera pues, que el artículo 4°del decreto reglamentario debe entenderse, en la parte que alude a los reglamentos del instituto, referido a esas pensiones reguladas por ellos, y no a las del sector público, las cuales obviamente deben ser reguladas por el legislador.

Así las cosas, no podría la frase acusada violar el artículo 76 ordinal 9° del C.N. que tiene que ver únicamente con el sector público.

Entendido en esta forma no extralimita la potestad reglamentaria ni viola el artículo 76 ordinal 9° de la anterior constitución.

C.- Artículo 7°, primer inciso, que dice :

"PERDIDA DEL DERECHO DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, **cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal definitiva de cuerpos** o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en

común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado este el hogar sin causa justa o haber impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria".

En la demanda se pide anular la frase subrayada por la Sala y se argumenta así:

"Lo anterior entra en abierta contradicción con la ley reglamentada en su artículo 3° cuando indica que se extienden "las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985", es decir, si la Ley objeto de la reglamentación expresamente indica que normas y reglas se deben tener en cuenta en materia de sustitución pensional, no le es dable al Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear nuevos límites para la obtención del derecho. Esto es precisamente lo que ocurre en el asunto en cuestión, pues aparte de que dichas normas ya tienen reglamentación, en ninguna de ellas se indica que por disolución de la sociedad conyugal o separación legal y definitiva de cuerpos no se tenga derecho a la sustitución pensional" (f.15).

Observa la Sala, que efectivamente, la ley reglamentada no establece la disolución de la sociedad conyugal ni la separación definitiva de cuerpos como causales para que el cónyuge sobreviviente pierda el derecho a la sustitución pensional.

Tampoco esta señalada ninguna de esas causales de pérdida del derecho en las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, cuyas previsiones en materia de sustitución pensional - por mandato del artículo 3° de la Ley 71 de 1988 - se extiende en forma vitalicia "al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente a los hijos inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado ...", en los términos allí mismo establecidos.

Como dice la Doctora agente del Ministerio Público, lo que las leyes antes mencionadas determinan es la pérdida del derecho a la sustitución pensional cuando **por culpa** del cónyuge reclamante no hubieren vivido unidos en la época del fallecimiento, o cuando hubiera contraído nuevas nupcias o haga vida marital.

Ni la disolución de la sociedad conyugal ni la separación legal y definitiva de cuerpos hacen desaparecer el vínculo matrimonial, que es el que debe estar vigente al momento de la muerte, según la ley colombiana, para tener la calidad de cónyuge superstite y hacerse acreedor a la sustitución pensional como tal.

Cosa distinta es, que el cónyuge superstite haya sido el culpable de la separación definitiva o haga vida marital con otra persona; caso en el cual serán estas circunstancias las que impidan la sustitución, más no el sólo hecho de la separación de bienes o de cuerpos.

Es necesario tener en cuenta que el páragrafo del artículo 1° de la Ley 44 de 1980, que trata de los pasos a seguir para que un pensionado facilite el traspaso de

su pensión en caso de muerte, advierte: "El hecho de que el pensionado no hubiere revocado antes de su fallecimiento el nombre de su cónyuge, establece en favor de éste la presunción legal de no haberse separado de él por su culpa".

Conviene recordar, por último, que sobre la primera parte de la expresión demandada -"cuando se haya disuelto la sociedad conyugal"- la Sala se pronunció en auto de mayo 20 de 1992, con ponencia del consejero Dr. Alvaro Lecompte Luna (expediente 6640. Actor Dario Vallejo Jaramillo) y que en aquella oportunidad, tras un detenido estudio del caso controvertido, se decretó la suspensión provisional de la frase aludida.

Así las cosas, es evidente que se excedió la potestad reglamentaria y que las expresiones acusadas deben por ello anularse.

D.- Artículo 12, que dice :

"COMPAÑERO PERMANENTE. Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien ostente el estado civil de soltero (a) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales.

PARAGRAFO. El compañero o compañera permanente pierde el derecho a la sustitución pensional que éste disfrutando cuando contraiga nupcias o haga vida marital".

Ni en el libelo ni en el concepto de violación se precisa con exactitud las frases o expresiones demandadas, pero en sentir de la Sala el ataque se dirige contra el inciso primero en su integridad, pues los demandantes dicen que allí se fijaron límites no contemplados en la ley para que el compañero (a) pueda tener derecho a la sustitución pensional "...**Como son**: a) Que se acredite la calidad o estado civil de soltero o soltera, y , b) Haber hecho vida marital por lo menos un año antes del fallecimiento ..." (f.15) (subrayas de la Sala).

Se dice en el concepto de violación: "Dicho artículo no sólo viola el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional , sino que es violatorio de las normas sobre sustitución pensional, que se ha hecho extensivas al compañero o compañera permanente por mandato expreso del artículo 3° de la Ley 71 de 1988" (f. 16).

Al respecto la Sala observa :

1. En cuanto tiene que ver con la experiencia de ser soltero para admitirle al reclamante la calidad de compañero o compañera permanente a fin de acceder a la sustitución pensional, se advierte que en realidad la ley reglamentada - ni las otras normas superiores a las cuales hace remisión - contienen tal exigencia.

En efecto en las normas a que remite la Ley 71 de 1988 no se exige la condición de soltero (a) para tener la calidad de compañero (a) permanente. El viudo, el separado no es soltero.

El decreto demandado incurre en esa equivocación, y no puede sobrepasar las exigencias legales.

Claro está que como el compañero o compañera permanente no podría reclamar sustitución pensional de su legítimo esposo y además de su compañero (a) permanente; el reglamento seguramente buscó evitar tal situación.

Sin embargo, en los términos de la ley ello no puede darse porque el sólo hecho de hacer vida marital con otra persona, o el haber sido el culpable de la separación, impediría reclamar la sustitución de pensión del cónyuge legítimo. Todo se reduce a un problema de prueba.

Pero lo que si es evidente, es que el reglamento no puede exigir la condición de soltero o soltera al compañero (a) permanente para tener derecho a sustitución pensional, pues esa exigencia no esta contenida en las leyes que reglamentan este derecho, ni se deduce de alguna de sus disposiciones.

Es verdad que aun no se ha definido , por mandato legal qué se debe entender por compañero o compañera permanente; pero al determinar por medio de reglamento que para efectos de sustitución pensional quien reclame tal calidad debe ser soltero (a), evidentemente no se esta facilitando la cumplida ejecución de la ley -que es la razón de ser del reglamento-, sino alterando su mandato o variando la voluntad del legislador, sin facultades para hacerlo.

Por tal motivo, estima la sala que le asiste razón a los demandantes en este punto.

2. Con relación a la exigencia de que para ser admitido como compañero o compañera permanente para efectos de sustitución pensional debe probarse que se hizo vida marital con el causante durante el año anterior a su fallecimiento "o en el lapso establecido en regímenes especiales", dirá la Sala -como ya tuvo oportunidad de dilucidarlo en sentencia aprobada en sesión de 3 de junio de 1993, Expediente N° 4613, Actor : Milan Díaz García -que aquí no se vislumbra exceso en la potestad reglamentaria y que, de consiguiente, no puede anularse el aparte correspondiente del artículo 12 en controversia.

Como se advirtió en aquella oportunidad, es de elemental sentido común que se necesite "la permanencia (en el tiempo) de la convivencia marital porque de ella habla la ley". Y si - como en este caso- la ley no precisa ningún lapso para acreditar la ocurrencia de esa vida marital , debe el reglamento hacerlo en forma razonable, en procura justamente de esa adecuada y eficaz aplicación de la ley.

Fijar ese término cuando no lo ha hecho la ley - como también lo ha hecho la Sala- es el cabal ejercicio de la función reglamentaria que la Constitución otorga al Presidente de la República y por tal razón no procede anular la expresión demandada del artículo 12 cuestionado, del Decreto 1160 de 1989.

E. Artículo 13, inciso segundo, que dice:

...

"En caso de vínculo matrimonial del compañero o compañera permanente que reclame el derecho a la sustitución pensional , se deberá presentar la respectiva sentencia judicial sobre la nulidad o el divorcio, debidamente ejecutoriada".

Dice la demanda que este inciso, además de exceder la potestad reglamentaria, es injusto porque en el evento de vínculo matrimonial exige al compañero (a) permanente sentencia judicial sobre nulidad o divorcio del matrimonio para reclamar sustitución pensional. Y agrega: "...el titular de esta prestación (la pensión), es doblemente perjudicado, primero porque al separase del cónyuge que tuviere derecho a pensión de jubilación y este falleciere, el cónyuge pierde el derecho por no encontrarse haciendo vida marital; en segundo lugar, se niega la sustitución de pensión al compañero o compañera permanente que tuviese vínculo matrimonial y sobre éste no exista pronunciamiento judicial" (fs 16-17).

Es verdad que el requisito de presentar sentencia judicial debidamente ejecutoriada sobre nulidad o divorcio del matrimonio con el fin de obtener sustitución pensional para el compañero (a) permanente con vínculo matrimonial, no lo establece la Ley 71 de 1988 ni ninguna de las otras leyes que regulan la sustitución.

Y si como ya se dijo, no exige la ley ser soltero para tener la calidad de compañero (a) permanente, tampoco hay razón para exigir sentencia judicial de nulidad o divorcio.

Esta previendo el decreto reglamentario, que la compañera o compañero permanente no pueda solicitar dos sustituciones pensionales : una de su legítimo esposo (a) y otra de su compañero (a) permanente. Es necesario recordar que el artículo 1 de la Ley 113 de 1985 dice que para efectos de sustitución pensional se entenderá que es cónyuge superstite el esposo o la esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de la muerte.

Pero como ya se dijo anteriormente, la doble condición de esposa (o) legítima (o) y compañero (a) permanente no puede darse en ningún caso para efectos de sustitución pensional, porque la esposa (o) que haga vida marital con otro (a), - requisito que debe acreditar para merecer la sustitución como compañera (o) - pierde el derecho como cónyuge.

Por estas razones, y no exigiéndolo la ley ni siendo necesario para su cumplida ejecución, el artículo 13 acusado desborda la potestad reglamentaria y por tanto deberá anularse.

F. Artículo 15, que dice :

"ESTADO DE INVALIDEZ. El estado de invalidez se determina de acuerdo con la ley *o los reglamentos del Instituto de los Seguros Sociales* y se calificará por el servicio médico laboral o de salud ocupacional de la entidad de previsión o patronal a la cual corresponda el reconocimiento de la pensión, o en su defecto, por el servicio médico que la respectiva entidad hubiere designado".

Se pide la nulidad de la expresión subrayada, argumentando que además de exceder la potestad reglamentaria, ese aparte es violatorio del artículo 76-9 del C.N. anterior, "... toda vez que es facultad exclusiva del congreso y no de los establecimientos públicos como el I. S.S. crear, modificar o extinguir prestaciones Sociales como es la pensión de invalidez" (f. 17).

No lo cree así la Sala.

Una cosa es crear, modificar o extinguir una prestación social como la pensión de invalidez y otra muy distinta determinar si de acuerdo con la ley o los reglamentos se tiene o no derecho a esta pensión.

La determinación, es decir, la fijación del estado de invalidez es el resultado de una comprobación o experticia médica según la cual el inválido es analizado clínicamente para saber - frente a los factores previamente establecidos - que grado de invalidez padece .

Y es necesario recordar también aquí lo que se dijo anteriormente respecto al artículo 4°

Siendo el Instituto de Seguros Sociales una Entidad médico asistencial, que además responde por las pensiones de invalidez de los trabajadores privados y trabajadores oficiales, resulta apenas lógico que conforme a la experiencia de personal científico, médico y paramédico, sea ese organismo el que - cuando no lo haga la ley - precise el estado de invalidez que se exige para tener derecho, en algunos casos a sustitución pensional. Lo autoriza el artículo 259 del C.S. del T.

No existe, pues, la alegada contrariedad de la frase acusada con las normas superiores invocadas en la demanda y debe por eso denegarse su nulidad.

G.- Artículo 20, en la parte que dice :

"No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes :

...

b. *Las personas que en cualquier época acrediten* 20 años o mas de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital. (Subrayas de la demanda).

c. *Las personas que en cualquier época acrediten* 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguro Sociales.(subraya en el libelo).

Arguyen los accionantes : que en las normas transcritas se ve que el reglamento no hace operante, activa y eficaz la norma superior, si no que vulnera su espíritu "al señalar que no tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes las personas que en cualquier época acrediten 20 años de servicio o 1.000 o más semanas cotizadas al I.S.S., en tanto que la ley material consagra el derecho a la pensión de jubilación al empleado oficial o trabajador que acredite 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo" (fs. 18-19).

En sentir de la Sala los literales demandados por el artículo 20 del D.R. 1160 no contrarían la norma reglamentada, y observa que en la demanda se toman literalmente, fuera de contexto.

El sentido de reglamento es muy claro : como dice el ministerio público, aquí no se esta limitando el derecho de las personas a acceder a la pensión de jubilación por aportes. La limitante se establece, de una parte, para quienes cumplan 20 años de trabajo en entidades oficiales y, de otra, para quienes coticen 1.000 o má semanas al I.S.S.

Naturalmente, la pensión a que se tenga derecho en uno y otro caso no es por aportes, no es **mixta** por concurrencia de los sectores público y privado, sino que en el primer caso (literal b) será de cargo de cualquiera de las entidades oficiales allí enumeradas y en el segundo (literal c), por cuenta del Instituto de Seguros Sociales.

En ninguno de los eventos, como se ve, se trata de pensión de jubilación por aportes y por si fuera poco la misma Ley 71 de 1988 deja a salvaguardia los derechos de las personas que la demanda estima perjudicadas cuando en parágrafo del artículo 7° establece que:

"...Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) o más si es mujer, continuaran aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes".

Por ultimo, cabe agregar que los literales aquí demandados no sólo son contrarios a la ley , sino que resultan inocuos porque se limitan a recordar que están reglamentando la pensión mixta o por aportes, y que no se configura derecho a ella cuando queda a cargo en su totalidad, de una entidad pública o de un patrono privado.

H.- Artículo 22, inciso 1°, que dice :

"SALARIO ASEGURADO. Se tendrá como Salario Asegurado, en cada entidad empleadora, el promedio mensual aritmético de lo devengado por el empleado durante el ultimo año, o por el tiempo trabajado si es inferior a dicho período, teniendo en cuenta únicamente los siguientes factores salariales: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascención y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio".

En contra de este inciso los accionantes argumentan así: "Consagrar en forma taxativa los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación o la reliquidación de la pensión , cuya enumeración puede o no estar comprendida dentro de los salarios sobre los cuales se haya aportado al ente de previsión social, es apartarse de la esencia y espíritu de la ley; el fin de la ley no es desconocer a un trabajador factores salariales tales como la prima de Navidad o de vacaciones , sobre los cuales se ha aportado al ente de previsión, pero que en derecho reglamentario se desconocen, para no darle cumplimiento al mandato legislativo" (f. 20).

Sostiene que el restringir la asignación base para la liquidación o reliquidacion de la pensión de jubilación el acto acusado viola el artículo 120-3 de la C.N. (anterior) por exceso en la potestad reglamentaria.

Es cierto -como dice la vista fiscal- que la demanda no señaló las normas que consagren otros factores salariales fuera de los nombrados en decreto acusado. Pero , en sentir de la Sala, no es menos cierto que por decreto reglamentario no se puede definir que se entiende por salario asegurado.

Véase como el artículo 127 del C.S.T. precisa que "Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino **todo** lo que recibe el trabajador en dinero o en especie..." (Subraya de la Sala).

Los factores que constituyen salario son, pues, señalados por la ley, o por el presidente con facultades al efecto.

Una enumeración taxativa como lo que se acusa sin duda excede la potestad reglamentaria porque es la ley la que señala cuales factores salariales, que el trabajador efectivamente ha devengado, deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión.

El gobierno podía reglamentar los "términos y condiciones" para reconocer y pagar la pensión (ley 71/88, art. 7°) pero no ocuparse del monto de la misma; menos aun definiendo conceptos que, como el del *salario asegurado* ni siquiera figura en la ley reglamentada.

Se anulará, en consecuencia, esta disposición.

1.- Artículos 24 y 25 del D.R. 1160 de 1989, y que dicen :

"ARTÍCULO 24. BASE APARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSION DE JUBILACIÓN POR APORTES. La base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes se obtendrá de la siguiente forma :

a) Si todos los aportes corresponden a períodos anteriores al 19 de diciembre de 1988, la base para la liquidación de la pensión será el último salario asegurado.

b) Si se acreditan tiempos de aportes posteriores al 19 de diciembre de 1988, la base para la liquidación de la pensión será la suma de los productos de cada tiempo de aportación posterior a esa fecha por el salario asegurado en la entidad empleadora respectiva, dividida por la suma de dichos tiempos, de acuerdo con la siguiente formula.

Base para la liquidación de la pensión =
$S1\ t1 + S2\ t2 + S3\ t3 + ...+ Sn\ tn \quad t1 + t2 + t3 + ...+ tn$

Donde :
n = Número de entidades empleadoras donde trabajó tiempo continuo.

S1 = Salario asegurado por entidad empleadora 1
S2 = Salario asegurado por entidad empleadora 2
.
.
.
Sn = Salario asegurado por entidad empleadora n
t1 = Tiempo trabajado en la entidad empleadora 1
t2 = Tiempo trabajado en la entidad empleadora 2
.
.
.
tn = Tiempo trabajado en la entidad empleadora n

Los salarios asegurados empleados en estos cálculos deberán estar expresados en salarios mínimos".

"ARTÍCULO 25. MONTO DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES. El monto de la primera mesada de la pensión de jubilación por aportes, expresada en número de salarios mínimos mensuales, será igual al 45% de la base de liquidación, mas el 3% de la misma base por cada año de aportes efectuados con posterioridad al 19 de diciembre de 1988, sin que el monto total sobrepase el 75% de dicha base. El valor mínimo de la pensión de

jubilación por aportes no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a 15 veces dicho salario.

La pensión de jubilación por aportes será reajustada de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno Nacional el salario mínimo legal mensual".

Estos artículos, que se refieren, respectivamente, a la BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES y al MONTO DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES, son inconstitucionales - dice la demanda- por exceso en la potestad reglamentaria porque el Gobierno, según el art. 7° de la Ley 71/88 tenía facultades para reglamentar los términos y condiciones para reconocer y pagar la pensión (p.e: fijar un tiempo límite, establecer requisitos como documentos, certificaciones, etc) pero no para variar el " sistema actual de remuneración" (sic) (f.23).

Se dice también que tales normas son ilegales en cuanto el artículo 11 de la Ley 71 de 1988 determina que "Esta ley y las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, *contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales*" (Subrayas del libelo).

Y agregan los demandantes : " La ley 33 de 1985, en su artículo 1°, establece que el monto de la pensión es equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el ultimo año de servicio; este porcentaje, fue respetado por la Ley 71 de 1988 pero ahora es modificado por su decreto reglamentario" (Folio 24).

Respecto al artículo 24 la Sala observa que la demanda no prueba como se haya variado el sistema actual de remuneración, ni mucho menos demuestra que las fórmulas para liquidar la pensión den un resultado inferior al que señala la ley para la pensión por aportes. En consecuencia, se considera no desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

En cuanto al primer inciso del artículo 25 advierte la Sala, que ya fue declarado nulo en sentencia de 7 de octubre de 1992, con ponencia del consejero Doctor Reinaldo Arciniegas B. en el proceso 4365, Actor Carlos Augusto Patiño Beltrán.

Por tanto Habrá de acatarse lo ya decidido.

Finalmente, dado que no se explico en que forma el inciso 2°del artículo 25 viola las disposiciones invocadas en la demanda, no procede su anulación.

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

FALLA :

Declárese nulas las siguientes expresiones contenidas en el Decreto 1170 de junio 2 de 1989, por " El cual se reglamenta parcialmente la Ley 71 de 1988" :

1.- " ... cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos ", el artículo 7°.

2.- "....a quien ostente el estado civil de soltero (a) " del artículo 12.

3.- El inciso 2° del artículo 13 en su totalidad.

4.- El artículo 22 inciso 1°que dice :

"SALARIO ASEGURADO. Se tendrá como salario asegurado, en cada entidad empleadora el promedio mensual aritmético de lo devengado por el empleado durante el último año, o por el tiempo trabajado si es inferior a dicho período, teniendo en cuenta únicamente los siguientes factores salariales : asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascencional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio".

5.- Artículo 25 inciso 1°. Este a lo resuelto en sentencia de 7 de octubre de 1992 - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección sSegunda. Expediente 4365- Actor Carlos Augusto Patiño Beltrán.

Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 17 de junio de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA. Se hace mención a la providencia de fecha 20 de mayo de 1992, exp. 6640, ponente Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, sobre el mismo tema.

PENSION DE JUBILACION-Reconocimiento/PENSION DE JUBILACION-Requisitos/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO / NACIONALIZACION DE LA EDUCACION / PENSION DE JUBILACION / PAGO / COMPETENCIA

Conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A. vigente para la época en que se hizo la petición por la actora, transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. En cuanto al aspecto de fondo, está acreditada la vinculación de la demandante a la docencia por más de 20 años y que a la fecha de hacer su solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación contaba con más de 50 años de edad . Tiene por tanto derecho a la pensión de jubilación ordinaria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Santafé de Bogotá D.C.- Ocho (8) de Julio de mil novecientos noventa y tres (1993)

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N° 5639 Actora : Ana Esther Legarda Barrientos.

En grado de consulta ha venido a esta sección del Consejo de Estado la sentencia de 31 de enero de 1991, proferida por el tribunal administrativo de Sucre.

ANTECEDENTES

La hermana Ana Esther Legarda Barrientos, mediante apoderada, pidió al tribunal se declare la nulidad del acto ficto o presunto mediante el cual la Gobernación del Departamento de Sucre negó la pensión mensual vitalicia de jubilación a la

demandante y que, como consecuencia, se ordene a la citada entidad territorial reconocer y pagar dicha prestación en los términos de la Ley 33 de 1985 , el Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y demás disposiciones concordantes a partir del 9 de abril de 1986 fecha en que obtuvo su estatus de pensionada y que se tenga especial cuidado de dar aplicación a los reajustes de la Ley 4° de 1976 y elevación del salario mínimo legal, si ha ello hubiere lugar; que subsidiariamente la cuantía de la pensión debe ser el resultado de promediar el salario devengado en el último año de servicios a lo que resulte en operaciones efectuadas en el proceso, como se indica en el libelo; que además se condene al Departamento de Sucre al pago de intereses corrientes y moratorios sobre las mismas sumas y depreciación monetaria, tomando como base el índice de precios al consumidor (folios 2 y 3 del cuaderno principal).

LA SENTENCIA CONSULTADA

El tribunal accedió parcialmente a las suplicas de la demanda (Folio 57 a 61 cuaderno principal).

Manifestó el a-quo en el fallo recurrido que está probado en el proceso que la actora prestó sus servicios en el ramo educativo durante más de 20 años. Que así mismo está demostrado que la demandante cumplió los cincuenta años de edad el 8 de septiembre de 1978, pero alcanzo su estatus de pensionada el 9 de abril de 1986, fecha en que cumplió los 20 años de servicios a la Administración; que de los documentos allegados al expediente se infiere que la actora no esta comprendida por lo estatuido en la Ley 33 de 1985, toda vez que para el momento de entrar en vigencia esta norma, la demandante ya había trabajado más de 15 años; que en el caso sub lite se produjo el fenómeno del silencio administrativo negativo respecto a las peticiones hechas a la Gobernación del Departamento de Sucre para que se reconocierá y pagará la pensión mediante memorial presentado el 25 de septiembre de 1987, sin que se hubiere obtenido respuesta alguna de la administración; que la circunstancia de que el Departamento de Sucre no cuente con una entidad de previsión, no lo exonera del pago de esta prestación , pues acorde con la ley es el último empleador o patrono obligado a reconocer y pagar la pensión de jubilación a que tiene derecho la actora que la condena debe hacerse en concreto disponiendo el pago en el porcentaje que establece la ley sobre lo devengado en el último año de servicios; que igualmente se dispondrá que la pensión se pague con las mesadas y reajustes que sean pertinentes, según la ley; que en este asunto no hay lugar a aplicar la corrección monetaria ni a condenar al pago de intereses ya que la finalidad del pago de los reajustes es mantener las pensiones en sus valores reales; que por ende, no se accederá a la petición tercera del escrito demandatorio.

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora fiscal novena del Consejo de Estado, expresa en su concepto de fondo (folios 67 a 73 cuaderno principal) que la sentencia objeto de consulta debe prohijarse salvo el numeral 5°, que es susceptible de modificarse, para atender la pretensión relativa a la actualización de la condena por las razones allí expuestas; que el análisis que hace el tribunal de la prueba documental obrante en el proceso,

permite afirmar que la demandante sí tiene derecho a gozar de la pensión de jubilación que reclama; que en este asunto se configuró el silencio administrativo negativo; que es preciso anotar que cuando se trata de acto presunto negativo, no es indispensable decretar su nulidad, sino que basta que el juez reconozca probada su existencia; que la actora tiene derecho a la pensión de jubilación que reclama, de conformidad con el régimen establecido con antelación a la Ley 33 de 1985, porque para la fecha de vigencia de esta ya había cumplido los 15 años de servicios a la administración.

Surtido el trámite legal, se procede a decidir, previa las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso sub judice si la hermana Ana Esther Legarda Barrientos tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a cargo del departamento de Sucre como se solicita en su petición formulada a la administración departamental el 25 de septiembre de 1987, solicitud que no obtuvo respuesta por lo que en este asunto se configuró el silencio administrativo negativo, como acertadamente lo destaca el a-quo en la sentencia consultada y la doctora fiscal novena del Consejo de Estado en su concepto de fondo.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A. vigente para la época en que se hizo la petición por la actora, transcurrido el plazo de tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

En cuanto al aspecto de fondo, está acreditada la vinculación de la demandante a la docencia por más de 20 años (folios 19 a 35 ibidem) y que a la fecha de hacer su solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación contaba con más de 50 años de edad (folio 18 ibidem).

Tienen por tanto derecho a la pensión de jubilación ordinaria.

Surge sin embargo la duda acerca de qué entidad debe pagar la pensión, puesto que a partir de la Ley 43 de 1975 la educacion fue nacionalizada. Según dicha ley la nación debía pagar las prestaciones Sociales de los docentes.

No obstante lo anterior, la Ley 91 de 1989 en su artículo 2° Numeral 4° dispuso:

> " Las prestaciones Sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1° de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente ley (Diciembre 29) serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces a las cuales estaba vinculado dicho personal.
>
> Pero para atender los respectivos pagos, la nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor de la deuda que se le

liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces".

Esta disposición, que no fue citada en la demanda , permite confirmar la condena hecha al departamento en sentencia consultada, pues la prestación reconocida al actor esta actualmente a cargo del departamento.

No es viable en el caso sub examine modificar el numeral 5° del fallo consultado, como lo pide la agencia del Ministerio público, para atender la pretensión relativa a la actualización de la condena, pues este asunto ha llegado a conocimiento de la Sala en grado de consulta y ésta se entiende surtida en favor de la entidad pública demandada y no del particular que no haya apelado.

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

FALLA :

Confírmase la sentencia consultada proferida por el tribunal administrativo de Sucre el 31 de enero de 1991, en el proceso incoado por la Hermana Ana Esther Legarda Barrientos contra el Departamento de Sucre; con el fin de obtener el reconocimiento y pago de pensión de jubilación.

Adiciónase la sentencia consultada en el sentido de ordenar que se descuente a la actora, cuanto halla recibido del erario publico o de entidades en que tenga parte principal el estado, desde la fecha de efectividad de la pensión, salvo los emolumentos que por expresa autorización legal puedan devengar los docentes, conjuntamente con ella.

Cópiese, , notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 17 de junio de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Eneida Wadnipar Ramos,* Secretaria.

RENUNCIA-Aceptación/ABANDONO DEL CARGO

El artículo 98 del Decreto 2200 de 1987 aplicada y transcrito en la sentencia apelada, al tratar de la aceptación de la renuncia regula también las obligaciones y derechos del dimitente y la actividad de la administración. Entre aquéllas se encuentra la de prestar el servicio pues no se puede interrumpir, no obstante la presentación de la renuncia, hasta la fecha indicada por la Administración, no posterior a 30 días calendario de su presentación, luego de los cuales el renunciante puede desistir de ella, de no habérsele aceptado, o separarse del empleo sin que se configure abandono del cargo: por ello la presentación de la dimisión no es habilitadora para sustraerse a la prestación del servicio ni para dejar de concurrir a la Entidad durante el término de 30 días calendarios siguientes o por lo menos hasta la fecha que la Entidad indique como día de finalización de los servicios, también dentro del mismo lapso. Cuando venza ese término del retiro del servicio no conlleva falta ni abandono del cargo y también, por tanto, si no ha sido aceptada la renuncia el renunciante puede desistir de ella. La declaración de vacancia por abandono, si bien no implica una actuación o procedimiento específicamente rituado, impone la constatación de hechos fundamentadores o causantes de la declaración administrativa que así es una verificación y no un acto constitutivo por voluntad de la administración; se produce, entre otras circunstancias, cuando el empleado "sin justa causa" incurre en la dejación o separación del ejercicio de sus funciones, como cuando se reintegra, luego de vencidas sus licencias, permisos, o vacaciones o suspensiones de sus obligaciones, o como en el evento del literal c) del artículo 109 del Estatuto de la empresa demandada, se retira el dimitente antes del día señalado en la resolución pertinente o el artículo 98 del decreto en mención.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C.- Julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente N° 4338. Autoridades Nacionales. Actor: Ricardo Alberto Monsalve Bustamante

Encontrábase el actor en disfrute de sus vacaciones concedidas por la Entidad y, por razones que adujo como estrictamente personales, tuvo que salir del país dejando con su hermana para presentar a la Entidad empleadora tres documentos así: uno del 24 de enero de 1988, solicitando "licencia voluntaria por un mes, ... con el fin de atender asuntos de índole familiar de extrema urgencia" (fl.2), el segundo el 29 de enero del mismo año, con idéntica petición pero por el término de tres meses (fl.4), al vencimiento de sus vacaciones, y, el tercero presentando "renuncia irrevocable a partir del día 6 de febrero de 1988, debido a motivos de índole familiar" (fl.3).

Sin conocer las respuestas de TELECOM, Entidad a la cual prestaba sus servicios como Director de la Oficina de Calarcá, Quindio, viajó a los Estados Unidos de América el día 29 de enero y sus vacaciones terminaban el 6 de febrero del mismo año. Su mandataria procedió a presentar las cartas referidas comezando con las peticiones de licencia que por consideraciones del encargado de la Empresa de Armenía le fueron devueltas en forma verbal de modo que no fueron remitidas a los Jefes competentes para su estudio y decisión. Así que la mandataria del actor ante la proximidad de la terminación del período vacacional, presentó la carta de renuncia, enviada primero a Manizales, centro del cual regionalmente dependía la oficina y el dimitente, y de allí a Bogotá. En marzo siguiente y como el dimitente no se reintegró al cargo el vencimiento de su disfrute, no prestó los servicios luego de haber presentado su renuncia, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones produjó el acto que acá se acusa mediante el cual declaró el abandono del cargo. Cuando el actor regreso en julio siguiente, constituyó apoderado para este proceso.

La demanda presentada el 29 de julio de 1988, se funda en la falsa motivación del acto, en la incongruencia de los motivos, en la violación del derecho de defensa; en que la renuncia fue forzada, que no se le dió curso a sus peticiones ni el trámite para declarar el abandono del cargo.

TELECOM, como demandada, respondió el libelo argumentando la caducidad y además que la renuncia fue voluntaria, que no hubo desviación de poder y que las licencias están de algún modo motivadas por razones del servicio, salvo las que se deban a hechos de fuerza mayor.

Sin concepto de la Fiscalía pero sí de las restantes partes, el Tribunal Administrativo del Quindío decidió la instancia en forma adversa al actor con la sentencia del 18 de abril de 1989, cuya impugnación se decide, denegando la caducidad alegada por la demandada y las pretensiones del actor con interpretación y aplicación de las normas específicas que rigen la vinculación de personal de la Empresa demandada (fls. 136-140).

Por ello en la apelación el demandante discute la intelección de los artículos 98 y 109 del Decreto Ley 2200 de 1987, relacionado con las normas del manejo de personal; la motivación incompleta del acto que no refiere el hecho de haber rehusado las licencias que es una actuación reglada; la incongruencia de los motivos y la desviación de poder (fl. 145).

La Empresa en esta instancia reitera su punto de vista sobre el abandono del cargo que fue lo que por ella se constató con el acto acusado (fl. 177), y la colaboradora Fiscal en esta instancia refirió a los principales argumentos de la acusación y expresa que el dimitente no esperó los 30 días que dispone también la regla específica de la relación entre las partes del conflicto, que no hubo violación al debido proceso, ni se demandaron las negativas de la concesión de las licencias y finalmente que no hubo desviación de poder. (fl. 180).

CONSIDERACIONES:

1. La normatividad aplicable es la especial existente por la época de los hechos para el manejo de las relaciones del personal al servicio de la Empresa demandada y no las reglas generales del Servicio Civil en la administración pública.

El objeto del acto acusado fue declarar vacante un cargo por abandono en la Gerencia Regional de Manizales y se motivó según sus considerandos así: "**Que mediante telegrama No. 0793 del 15 de marzo / 88, el Jefe de la División Administrativa Regional Manizales, informa que el señor RICARDO ALBERTO MONSALVE BUSTAMANTE, quien presentó renuncia a partir del 6 de febrero / 88, no se presentó a laborar desde esa fecha, incurriendo en abandono del cargo, de acuerdo con el artículo 98, del Decreto 2200 / 87".** (fl. 8).

El artículo 98 del Decreto 2200 de 1987 aplicado y transcrito en la sentencia apelada, al tratar de la aceptación de la renuncia regula también las obligaciones y derechos del dimitente y la actividad de la administración. Entre aquéllas se encuentra la de prestar el servicio pues no se puede interrumpir, no obstante la presentación de la renuncia, hasta la fecha indicada por la Administración, no posterior a 30 días calendario de su presentación, luego de los cuales el renunciante puede desistir de ella, de no habérsele aceptado, o separarse del empleo sin que se configure abandono del cargo: por ello la presentación de la dimisón no es habilitadora para sustraerse a la prestación del servicio ni para dejar de concurrir a la Entidad durante el término de 30 días calendario siguientes o por lo menos hasta la fecha que la Entidad indique como día de finalización de los servicios, también dentro del mismo lapso. Cuando venza ese término del retiro del servicio no conlleva falta ni abandono del cargo y también, por tanto, si no ha sido aceptada la renuncia el renunciante puede desistir de ella.

2. La declaración de vacancia por abandono, si bien no implica una actuación o procedimiento específicamente rituado, impone la constatación de hechos fundamentadores o causantes de la declaración administrativa que así es una verifi-

cación y no un acto constitutivo por voluntad de la administración; se produce, entre otras circunstancias, cuando el empleado "sin justa causa" incurre en la dejación o separación del ejercicio de sus funciones, como cuando no se reintegra luego de vencidas sus licencias, permisos, o vacaciones o suspensiones de sus obligaciones, o como en el evento del literal c) del artículo 109 del estatuto de la Empresa demandada, se retira el dimitente antes del día señalado en la resolución pertinente o en el artículo 98 del decreto en mención.

La declaración administrativa en tales eventos está regulada y debe corresponder a la voluntad del legislador, a menos de la desviación u obedecer a los motivos de la ley salvo su falsa motivación. En el evento juzgado al nominador le fue remitida únicamente la renuncia pero también se le informó que el empleado no se había presentado a laborar a partir del 6 de febrero de 1988, cuando concluyeron sus vacaciones y así, sin que se le hubiere fijado por la Empresa la fecha de su retiro dentro de los 30 días posteriores a esa fecha, ni luego de haber vencido dichos 30 días, cesó en la prestación de sus servicios, incurriendo en abandono del cargo, y, por tanto, no se configura la falsa motivación del acto, dado que el hecho y los motivos expuesto en él acompasan con los objetivamente ocurridos y los definidos en la ley.

Bajo la óptica del actor de ser las solicitudes de licencia elementos según los cuales se desvirtúa la validez de la Resolución acusada, por cuanto los documentos de los folios 2 y 4 contentivos de la voluntad del interesado reflejan los derechos del empleado, es preciso decir que no reposan en la Empresa pues le fueron devueltos a quien los prestó, y como no llegaron a la Presidencia de la Entidad por conducto de la Regional Administrativa de Manizales no pudieron configurar elementos de juicio para la administración en Bogotá cuando profirió el acto acusado, ni el demandante lo demostró en contrario; por lo cual no son constitutivos de motivos ocultos sostenedores del acto cuestionado y su legalidad presunta permanece incólume.

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,

F A L L A :

Confírmase la sentencia apelada.

NOTIFIQUESE, COPIESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 1° de julio de 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.

DESTITUCION/INSUBSISTENCIA-Diferencias

La destitución es una medida disciplinaria, la más grave de las previstas en la Ley, la más severa con que la administración sanciona a sus servidores que han incurrido en aquellas faltas que conforme al ordenamiento jurídico ameritan su imposición, independiente de que se hallen amparados por fuero de relativa estabilidad ya porque pertenezcan a una carrera administrativa o desempeñen cargos de período fijo o que sean empleados de libre nombramiento y remoción. Por ello, su imposición sólo procede cuando se ha adelantado y culminado contra el funcionario público un proceso disciplinario, dentro del cual se haya establecido plenamente que cometió una falta disciplinaria, sancionable conforme al ordenamiento jurídico con esa pena. En cambio la insubsistencia es el ejercicio de la facultad de remover de la cual están investidas las autoridades nominadoras para desvincular del servicio libremente a quienes no están protegidos por garantía de estabilidad, o como resultado de deficientes calificaciones de servicio, o negativas evaluaciones del desempeño, cuando se trata de empleados inscritos en carrera administrativa. La insubsistencia para los primeros tiene como base la aludida potestad, respecto de los segundos debe fundamentarse en el cuestionamiento de su eficiencia o de su rendimiento. La destitución, por el contrario, apareja una censura a la ética o a la probidad de la conducta del empleado, independientemente de su condición de libre nombramiento o de carrera. El acto administrativo acusado no impusó a la accionante sanción de destitución, sino que mediante ella se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que ocupaba, en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al nominador en relación con los empleados no pertenecientes a la carrera administrativa, como lo era la demandante, ya que no alegó y menos probó que se hallará escalafonada en ella.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C.,- Julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N° 5083 AUTORIDADES DEPARTAMENTALES Actor: ENRIQUETA TORRES VANEGAS

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 19 de abril de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

ANTECEDENTES

Se solicita en este proceso la nulidad de la resolución N° 011 de 6 de enero de 1989, expedida por la Contraloría General del Departamento de la Guajira, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Enriqueta Torres de Vanegas del cargo de Auditora Fiscal VI ante la Loteria de la Guajira y se nombró en su reemplazó a la señora Ruth Garantiva de Sánchez y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Como disposiciones violadas se citan el artículo 26 de la Constitución Política de 1886, la Ley 153 de 1887, los artículos 36, 82, 83, 84 y 85 del C.C.A., el artículo 1° la Ordenanza N° 022 de 1973 de la Asamblea Departamental de la Guajira, que establecía que solamente por mala conducta debidamente comprobada, podían ser destituidos de sus cargos, aquellos empleados que habían hecho cursos de capacitación costeados por la Contraloría, y el artículo 158 del C.C.A. por reproducir un acto anulado, puesto que el mismo Tribunal declaró nulo un acto administrativo anterior por el cual se le había declarado insubsistente. Igualmente, se invoca como infrigido el artículo 2°de la Ordenza N° 077 de 1982 que dispone acatar los fallos dictados por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, que tengan apoyo en la Ordenanza N° 022 de 1973.

El Tribunal del conocimiento negó las pretensiones de la demanda por cuanto estimó que la resolución demandada no encaja dentro de los lineamientos establecidos en la Ordenanza N° 022 de 1973, pues ésta hace referencia a la destitución de los empleados que hubieran realizado cursos de capacitación en la Contraloría, más no a la declaratoria de la insubsistencia de sus nombramientos, como lo dispuso el nominador en dicha resolución respecto de la actora, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3° el artículo 376 del Código Fiscal del Departamento, ya que jurídicamente se trata de medidas administrativas distintas.

Precisó también que la Ordenanza N° 022 de 1973 fue derogada por la N° 007 de 15 de octubre de 1982, "dejando de existir y por ende, de aplicarse o considerarse como normatividad violada"; que el hecho de haber realizado cursos de capacitación

en la Contraloría le otorgó a la demandante fuero de estabilidad durante la vigencia de la ordenza N° 022 de 1973 para efectos de su destitución, pero no le confirió un privilegio absoluto de inamovilidad, irredimible, enervante de la facultad discrecional de remoción.

Finalmente sostiene el a-quo que:

"Con la resolución 011 de 1989, no se reprodujo acto anulado alguno, en virtud de que el fallo dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo, de abril 22 de 1982, fue acatado por la Autoridad competente y la nueva Resolución se produjo con fundamento en hechos posteriores, estando derogada la Ordenanza 022 de 1973. No se produjo pues, la trasgresión legal en que se fundamentó el actor para impugnar la Resolución que declaró la insubsistencia... " (folio 73).

EL RECURSO

Al sustentarlo la apelante asevera que la Ordenanza N° 077 de 1982 derogatoria de la N° 022 de 1973, dispuso que su vigencia comenzaba a partir de la fecha de su sanción y no fijó efectos retroactivos, respetando las consecuencias jurídicas generadas en vigencia de la Ordenanza últimamente mencionada y, por tanto, estima que sigue amparada por fuero de inamovilidad relativa, ya que sólo "puede ser desincorporada por destitución como se prevé en la Ordenanza 022de 1973".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Cuarto ante esta Corporación, el 27 de septiembre de 1990, conceptúa que la sentencia amerita ser confirmada, pues en su sentir si bien la Ordenanza N° 022 de 1973 mientras tuvo vigencia fue aplicada debidamente, no "otorga derechos en razón de que las sentencias se limitan a aplicar el derecho, las normas vigentes." y porque "confrontada la fecha de expedición del acto demandado, enero 6 de 1989, con la fecha en que entró en vigencia la Ordenanza 007, noviembre 17 de 1982, se deduce sin dificultad alguna que la desvinculación de la actora no estaba obligada a observar procedimientos previos y ajenos a la finalidad del buen servicio, (sic) toda vez que la exfuncionaria no gozaba de fuero de estabilidad. "

Agotada la instancia, se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES :

Como según la demanda la pretendida ilegalidad de la resolución acusada estriba en haber dispuesto el Contralor del Departamento de la Guajira la insubsistencia de un nombramiento cuya titular gozaba de un supuesto fuero de relativa estabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 1. de la Ordenanza N° 022 de 1973, la Sala deberá establecer cuáles fueron los alcances de esa dispo-

sición y si el nominador estaba obligado a observar sus preceptos al ordenar la remoción de la accionante.

La norma en comento rezaba:

"*ARTICULO PRIMERO.*- Solamente por causal de mala conducta debidamente aprobada ante funcionario de competencia, serán destituídos de sus cargos, aquellos empleados que han hecho cursos de capacitación, costeados por la Contraloría". (folio 30).

Imperioso resulta precisar que la norma preinserta se refiere exclusivamente a la causal de cesación de funciones públicas denominada *DESTITUCION* y no a la llamada insubsistencia, las cuales por no implicar la desvinculación de los funcionarios del servicio público tienen idéntica connotación en derecho.

En efecto, la *DESTITUCION* es una medida disciplinaria, la más grave de las previstas en la Ley, la más severa con que la administración sanciona a sus servidores que han incurrido en aquellas faltas que conforme al ordenamiento jurídico ameritan su imposición, independiente de que se hallen amparados por fuero de relativa estabilidad ya porque pertenezcan a una carrera administrativa o desempeñen cargos de período fijo o que sean empleados de libre nombramiento y remoción. Por ello, su imposición sólo procede cuando se ha adelantado y culminado contra el funcionario público un proceso disciplinario, dentro del cual se haya establecido plenamente que cometió una falta disciplinaria, sancionable conforme al ordenamiento jurídico con esa pena.

En cambio la insubsistencia es el ejercicio de la facultad de remover de la cual están investidas las autoridades nominadoras para desvincular del servicio libremente a quienes no están protegidos por garantía de estabilidad, o como resultado de deficientes calificaciones de servicio o negativas evaluaciones del desempeño, cuando se trata de empleados inscritos en carrera administrativa.

La insubsistencia para los primeros tiene como base la aludida potestad, respecto de los segundos debe fundamentarse en el cuestionamiento de su eficiencia o de su rendimiento. La destitución,por el contrario, apareja una censura a la ética o a la probidad de la conducta del empleado, independientemente de su condición de libre nombramiento o de carrera.

Por medio de la Resolución N° 011 de 1989, el Contralor General del Departamento de la Guajira, resolvió:

"*ARTICULO PRIMERO.*- Declárase insubsistente el nombramiento de la señora ENRIQUETA TORRES DE VANEGAS del cargo que viene desempeñando como Auditora Fiscal VI ante la lotería de la Guajira y nómbrase en

su reemplazo a la señora RUTH LEONOR GARANTIVA DE SANCHEZ identificada con la C.C. No.26.963.966 expedida en Riohacha" (folio 23).

Es claro entonces que el acto administrativo acusado no impuso a la accionante sanción de destitución, sino que mediante ella se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que ocupaba, en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al nominador en relación con los empleados no pertenecientes a la carrera administrativa, como lo era la demandante ya que no alegó y menos probó que se hallara escalafonada en ella.

Consiguientemente, aún en el caso de hallarse vigente la Ordenanza N° 022 de 1973, que no lo está por haber sido derogada por la N° 07 de 1982, sus mandatos no son aplicables en la presente contención, en virtud de que no es dable admitir como válida la impugnación de un acto contentivo de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, con argumentos que sólo procedería esgrimir si se tratara de una destitución.

Los anteriores razonamientos son suficientes para denegar las súplicas de la demanda como acertadamente lo hizo el a-quo, sin que pueda hablarse de reproducción de actos anulados, que no se da en el presente caso.

Finalmente dirá la Sala, que contra el nombramiento de la señora Ruth Garantiva de Sánchez no se expone ningún argumento y en consecuencia es imposible declarar 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,

F A L L A :

Confírmase la sentencia de 19 de abril de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira en el proceso promovido por Enriqueta Torres de Vanegas contra el departamento de la Guajira, con el fin de que se declarara la nulidad de la Resolución N° 011 de 1989 de la Contraloría General de ese departamento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

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

SUSTITUCION PENSIONAL-Objeto

Las normas que han regulado o que regulan el fenómeno de la sustitución pensional han tenido como finalidad primordial la de procurar al núcleo familiar una estabilidad económica, de tal suerte que luego del óbito del titular de la pensión, continue percibiendo unos estipendios más o menos semejantes, tanto en lo que atañe a los hijos menores, a las hijas célibes y demás personas que dependían del pensionado, como al cónyuge o a la cónyuge y, más modernamente a la compañera permanente del fallecido.

PENSION DE JUBILACION / SUSTITUCION PENSIONAL- Compatibilidad / **DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO**- Excepciones

En el evento de la sustitución pensional, cuya causa obvia es la muerte, la ley ha querido que, en forma temporal o vitalicia o supeditada a una condición resolutoria -como la circunstancia de que el cónyuge sobreviviente contraiga nuevas nupcias-, se siga devengando la pensión que disfrutaba o tenía derecho a disfrutar el causante, con el fin de asegurar que la economía familiar continúe percibiendo lo que se recibía en vida del extinto. La pensión de jubilación propiamente dicha nace, en cambio, por lo general, de la concurrencia en un asalariado, de dos factores, a saber : a) haber cumplido una determinada edad, por lo general, y b) haber prestado veinte (20) años , por lo menos, de servicios continuos o discontinuos. Su origen, en consecuencia, es distinto al de la pensión por sustitución. Por fuerza del inevitable transcurso del tiempo, al arribar a determinada edad, las energías del ser humano decaen y es apenas justo que se procure a la persona que ha dedicado gran parte de su vida el trabajo - derecho y obligación-, siga percibiendo, si no el total de lo que devengaba al laborar, una parte que le permita sufragar su subsistencia y la de las personas que de él dependen, hasta

su deceso . Entonces, si los orígenes, fuentes o causas de la pensión de jubilación propiamente, es decir, la que radica en cabeza del antiguo trabajador, usado el vocablo en su sentido amplio , y de la sustitución proporcional de la misma pensión por la muerte del emérito , el tratamiento de aquélla y de ésta ha de ser distinto. La pensión por sustitución no puede entenderse como una asignación en el sentido que indicaba el art. 64 de la Carta o que usa el art. 128 de la actualmente vigente. Su fuente próxima es la muerte , no el trabajo. Y de allí que aunque la pensión propiamente dicha como la sustitución provengan ambas, en el caso sub-lite, de tesoro público, no existe incompatibilidad entre una y otra.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N° 5068 AUTORIDADES NACIONALES Actora: María Débora Manzano de Llanos

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa (1990) , proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, denegatoria de las pretensiones de la actora María Débora Manzano de Llanos , atinentes a la anulación de las resoluciones 7351 de 30 de octubre de 1987 y 1812 de 23 de marzo de 1988, dictadas por el Instituto de Seguros Sociales , que no reconocieron el beneficio de sustitución pensional a favor de la mencionada señora, cónyuge sobreviviente del jubilado doctor Alvaro Llanos Oviedo, en cuantía del cincuenta por ciento (50) de la misma.

ANTECEDENTES:

La señora María Débora Manzano de Llanos controvirtió ante el Tribunal la legalidad de las Resoluciones Nos. 7351 de 30 de octubre de 1987 y 1812 de 23 de marzo de 1988, expedidas por el Instituto de Seguros Sociales -ISS- Seccional Valle del Cauca, mediante las cuales se le niega el beneficio de sustitución del 50 % de la pensión mensual vitalicia de jubilación que disfrutaba su esposo legítimo.

Como restablecimiento del derecho, pidió se obligue al Instituto a pagarle el referido porcentaje de la prestación social reconocida al doctor Alvaro Llanos Oviedo por Resolución N° 277 de 30 de mayo de 1977 con los incrementos pecuniarios legales y extralegales a partir del 29 de diciembre de 1986 , fecha en que falleció su esposo; que se ordene afiliarla al ISS en su calidad de beneficiaria para la prestación de los servicios asistenciales a que tiene derecho . Así mismo que para el momento en que los jóvenes Diego Henán y María Victoria Llanos Manzano queden inhabilitados para percibir el correspondiente porcentaje de la sustitución

pensional, se proceda a realizar el aumento respectivo en la cuantía de la misma . (fls. 1 y 2 cdno. ppal.).

LA SENTENCIA APELADA

El a-quo , denegó las súplicas de la demanda , en síntesis , porque el ISS dando cumplimiento a la prohibición contenida en el artículo 64 de la Constitución Política anterior y demás disposiciones legales que desarrollan este precepto constitucional no puede pagar a la cónyuge sobreviviente , que goza de pensión de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previción Social , la pensión de jubilación que disfrutaba el doctor Alvaro Llanos Oviedo , toda vez que ambas prestaciones constituyen asignaciones provenientes del tesoro público ; que por ende , la administración no puede efectuar el pago de tales pensiones de manera simultánea a un beneficiario ; que no obstante lo anterior , la actora puede hacer uso del derecho de opción establecido en el artículo 31 del decreto ley 3135 de 1968.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito contentivo del recurso de apelación (fls.101 a 103 cdno. ppal.), la parte actora manifiesta que no se puede en el caso sub-judice so pretexto de la aplicación del artículo 64 de la carta de 1886, interpretar que la demandante pretende dos asignaciones del Tesoro Público por la circunstancia de estar jubilada, pues este derecho lo adquirió legitimamente y en nada afecta su situación de cónyuge sobreviviente y de representante legal de los hijos habidos en el matrimonio; que la interpretación del a-quo es claramente violatoria del artículo 30 de la Constitución Política anterior, que garantiza los derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores; que el artículo 1 de la Ley 33 de 1973 se encuentra amparado por el referido texto constitucional, que es de orden público; que no pretende que el ISS reconozca una pensión de jubilación, ya que ella no ha prestado sus servicios a esa Entidad, sino que le sustituya, por mandato de la ley, la pensión que le correspondía a su esposo; que además los fondos que maneja el ISS no son del erario público, sino aportes dados por los empleadores y trabajadores particulares, no configurándose por estos motivos la incompatibilidad de que trata el artículo 64 mencionado.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado manifiesta en su concepto que el fallo recurrido amerita ser confirmado, teniendo en cuenta que el esposo de la demandante recibía pensión de jubilación del ISS por haber laborado exclusivamente en el sector oficial, por lo que dicha prestación proviene de fondos públicos; que como la pensión de la actora tiene igual origen, puesto que esta demostrado que era pensionada del ramo docente, resulta incompatible recibir al mismo tiempo estas dos mesadas, no quedando otro camino que hacer uso del derecho de opción, si le es más favorable la de su cónyuge; que en el caso sub-examine no se infringió el artículo 1 de la Ley 33 de 1973, por cuanto si la demandante renuncia a sus mesadas

pensionales puede hacerse acreedora a la respectiva porción de la pensión de su cónyuge; que en otros términos, el derecho a disfrutar de esta prestación como viuda no se le ha negado, sino que al estar disfrutando de las mesadas de su pensión no puede recibirla al mismo tiempo por expresa prohibición de la Constitución y la ley (fls.109 a 11 cdno. ppal.).

Procede la Sala a decidir previas las siguientes

C O N S I D E R A C I O N E S

1.- De manera que , como se ha visto, las resoluciones acusadas fueron expedidas por el Instituto de Seguros Sociales ante la solicitud que formulara la señora María Débora Manzano de Llanos (y también por los hijos del doctor Alvaro Llanos Oviedo), con el fin de que se le reconociera la sustitución pensional de la jubilación que éste venía disfrutando hasta el momento de su muerte , acaecida el 29 de diciembre de 1986. El ISS reconoció la sustitución pensional - en lo que correspondía - en favor de los hijos , pero la negó en cuanto a la viuda, dado que estimó que resultaba incompatible con el disfrute de la pensión de jubilación que ella igualmente devenga en su calidad de docente oficial , sin que manifestara o hubiera hecho conocer por cuál de las dos asignaciones optaba .

Consta en el proceso , en efecto , que la señora María Débora Manzano de Llanos disfruta de una pensión de jubilación reconocida por Resolución N° 12776 de 1983 de la Caja Nacional de Previsión Social (fls. 11 y 56) y que al doctor Alvaro Llanos Oviedo , su marido , mediante la resolución N°. 277, dictada por el gerente seccional del ISS en el Valle del Cauca , tambien le fue reconocida pensión de jubilación por servicios prestados , por más de veinte años, en el sector público - Departamento del Valle del Cauca , Policía Nacional, servicio seccional de salud del Valle , Municipio de Tulúa e Instituto de Seguros Sociales-, según consta en documentos obrantes a folios 57 a 60 del expediente.

2.- El tema central de la controversia , pues, estriba en determinar si la cónyuge sobreviviente de un jubilado tiene derecho o no a sustituir la pensión que éste disfrutaba , en la proporción que el caso indique , si aquella percibe o está en posibilidad de percibir una pensión proveniente del Tesoro Público . En otras palabras , se trata de determinar si existe compatibilidad o incompatibilidad entre ambas al tenor de lo que prohibe el art. 128 de la Constitución de 1991 , cuyo sentido es el mismo del art. 64 de la Carta vigente para las calendas en las cuales se emitieron los actos administrativos acusados .

3.- Ahora bien , las normas que han regulado o que regulan el fenómeno de la sustitución pensional han tenido como finalidad primordial la de procurar al núcleo familiar una estabilidad económica, de tal suerte que luego del óbito del titular de la pensión , continue percibiendo unos estipendios más o menos semejantes , tanto en lo que atañe a los hijos menores , a las hijas célibes y demás personas que dependían del pensionado , como al cónyuge o a la cónyuge y , más modernamente a la

compañera permanente del fallecido . Así, por ejemplo , el art. 36 del Decreto 3135 de 1968 era del siguiente tenor :

> "Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva Entidad de previsión la pensión que le hubiere correspondido durante dos años sin perjuicio de las prestaciones anteriores."

Debe advertirse que de conformidad con el artículo 34 citado en la norma legal transcrita, entre los beneficiarios que allí se relacionan, estaban comprendidos, en primer término, el *cónyuge sobreviviente*, quien tenía derecho a la mitad de la pensión, pues la otra mitad era para los hijos legítimos y naturales del empleado o trabajador muerto, en concurrencia estos últimos en las proporciones establecidas por la ley civil.

A su vez, el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 92 dispuso:

> "Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, *su cónyuge* y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, *que dependieren económicamente del causante*, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes al fallecimiento del pensionado ." (se subraya).

Como puede observarse, según los preceptos en cuestión - que se han transcrito a guisa de ejemplos -, el respectivo cónyuge tenía derecho a sustituir al otro en la respectiva pensión , durante un lapso determinado de dos años , el que fue aumentado a cinco por el Decreto 434 de 1971 , art. 19.

Se expidió posteriormente la Ley 33 de 1973 que hizo vitalicias las pensiones de las viudas , al decir su art. 1°:

> "Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación , invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público , su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia". (se destaca nuevamente).

Más adelante , la Ley 12 de 1975 en su artículo 1°, señaló :

> "El *cónyuge superstite* , o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público , y sus hijos menores o inválidos , tendrán derecho a pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley , o en convenciones colectivas ."

Téngase en cuenta , así mismo , que la Ley 44 de 1977 dispone :

"A quienes tengan derecho causado y hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la ley 171 de 1961 , Decreto Ley 3135 de 1968 y del Decreto Ley 434 de 1971 ,tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y en la Ley 12 de 1975".

La sustitución pensional , por tanto, tiene como fuente o causa algo semejante a ese modo de adquirir el dominio de las cosas o bienes transmisibles de un difunto por otra u otras que le sobreviven, llamado " sucesión por causa de muerte " (art. 673 C.C.) y también guarda semejanza con la "porción conyugal" (art . 1230 ibidem) y hasta con la disolución de la sociedad conyugal (art. 1820 ejusdem) y la partición de gananciales. En el evento de la sustitución pensional , cuya causa obvia es igualmente la muerte , la ley ha querido que , en forma temporal o vitalicia o supeditada a una condición resolutoria - como la circunstancia de que el cónyuge sobreviviente contraiga nuevas nupcias -, se siga devengando la pensión de que disfrutaba o tenía derecho a disfrutar el causante , con el fin de asegurar que la economía familiar continúe percibiendo lo que se recibía en vida del extinto.

4.- La pensión de jubilación propiamente dicha nace, en cambio, por lo general, de la concurrencia en un asalariado, de dos factores, a saber : a) haber cumplido una determinada edad , por lo general , y b) haber prestado veinte (20) años ,por lo menos , de servicios contínuos o discontínuos.

Su origen , en consecuencia , es distinto al de la pensión por sustitución . Por fuerza del inevitable transcurso del tiempo , al arribar a determinada edad, las energías del ser humano decaen y es apenas justo que se procure a la persona que ha dedicado gran parte de su vida al trabajo - derecho y obligación -, siga percibiendo, si no el total de lo que devengaba al laborar, una parte que le permita sufragar su subsistencia y la de las personas que de él dependen , hasta su deceso.

5.- Entonces, si los orígenes , fuentes o causas de la pensión de jubilación propiamente, es decir , la que radica en cabeza del antiguo trabajador , usado el vocablo en su sentido amplio , y de la sustitución proporcional de la misma pensión por la muerte del emérito , el tratamiento de aquella y de ésta ha de ser distinto.

El art. 64 de la vieja constitución de 1886, tal como aparecía en el texto del art. 23 del acto legislativo núm. 1 de 1936, que prohibía , salvo expresa disposición legal, la percepción por una misma persona de una pluralidad de asignaciones provenientes del tesoros público o de empresas o instituciones en que tuviera parte principal el Estado , aunque no lo decía de manera expresa, daba a entender que esas asignaciones debían tener orígen en el desempeño de un destino público ; y la norma no podía interpretarse aisladamente , sino como integrante de un contexto, o sea, el título V ("De las ramas del poder público y del servicio público") y especialmente ligado a los artículos antecedentes y subsiguientes , que se referían al ejerci-

cio de destinos públicos ; el vocablo "asignación" era de significado genérico y dentro de él cabían conceptos tales como sueldo , salario, honorario, etc.

La disposición que encierra el art. 128 de la Constitución actual es más claro aún :

> "Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público , o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado , salvo los casos expresamente determinados por la ley . Entiéndese por tesoro público el de la nación , el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas ."

6.- De allí que la pensión por sustitución no pueda entenderse como una asignación en el sentido que indicaba el art. 64 de la antigua Carta o que usa el art. 128 de la actualmente vigente. Como se ha precisado arriba , su fuente próxima es la muerte, no el trabajo . Y de allí que aunque la pensión propiamente dicha como la sustitución provengan ambas, en el caso sub-lite, del tesoro público, no existe incompatibilidad entre una y otra .

7.- Coincide lo anterior con la doctrina que, sobre el tópico, fijara la Corte Suprema de Justicia , Sala Plena de Casación Laboral, con ponencia del magistrado doctor Hugo Suescún Pujols, en sentencia de veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y uno, que, en sus apartes liminares, enseña:

> La jurisprudencia de esta corporación había entendido hasta ahora , como también el Tribunal Superior en la sentencia acusada , que en el sector oficial la viuda no podía acumular a su propia pensión por servicios la sustitución de la pensión de su cónyuge fallecido , por cuanto esta hipótesis no correspondía a ninguna de las excepciones consagradas por la ley a la prohibición general establecida en el artículo 64 de la Constitución .
>
> Sin embargo , estima la Sala Plena de Casación Laboral que conviene rectificar su anterior criterio y aceptar como correcta la lectura de los preceptos legales que en esta ocasión propone la censura , por estimar que este entendimiento , y no el que tradicionalmente se ha hecho , es el que mejor se ajusta al espíritu protector del derecho laboral y a la verdadera intención que se tuvo por el constituyente de 1936 al introducir la modificación que consistió en cambiar la palabra "sueldo" que venía en el primigenio artículo 64 de la Constitución de 1886 , por la de "asignación".
>
> En efecto , el mandato original de la Constitución que correspondía exactamente al artículo 64, era del siguiente tenor :
>
> "Nadie podrá recibir dos sueldos del tesoro público , salvo lo que para casos especiales determinen las leyes ."

La reforma constitucional verificada mediante el Acto Legislativo N° 1 de 1936 derogó expresamente dicho ordenamiento y el artículo 23 del acto reformatorio , que correspondió al artículo 58 de la codificación constitucional de ese año , quedó diciendo lo siguiente :

"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."

Por virtud de la codificación que el constituyente dispuso en 1945, la norma copiada vino nuevamente a ocupar el artículo 64 de nuestra Carta Política , pero sin que para nada variase su redacción.

Lo primero que debe hacerse, a juicio de la Sala para determinar cuál es el verdadero alcance de la modificación introducida por el artículo 23 del Acto Legislativo N° 1 de 1936 al artículo 64 de la codificación constitucional entonces vigente, es de ubicar contextualmete el precepto cuyo sentido se quiere desentrañar. Ello permite advertir , a primera vista , que el mismo se encuentra dentro del Título V que trata de las "Ramas del poder público y del servicio público".

El Titulo V de la Constitución, en su orden, regula lo atinente a las " ramas del poder público", consagrando la clásica tridivisión de ellas en legislativa , ejecutiva y jurisdiccional, contemplando en sus artículos 59 y 60 lo relativo a la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, función que le atribuye a la Contraloría General de la República y regulando igualmente lo relacionado con las "atribuciones", "responsabilidad de los funcionarios" y las "reglas generales" sobre la función pública .

Esta división de temas que trae el Título V de la Constitución de sus artículos 55 a 67 , dentro del cuál está comprendido obviamente el 64 cuyo sentido se quiere hoy precisar, sirve para ilustrar al intérprete acerca del propósito que anima la prohibición , dispuesta en este último , de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o de instituciones en que el Estado tenga parte principal " salvo lo que para casos especiales determinen las leyes".

El espíritu innegable del sano precepto que impide la percepción de dos asignaciones del tesoro público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal y mayoritaria , no es otro diferente al de impedir , por razones de moralidad y decoro administrativos , que los empleados oficiales puedan valerse 'de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que reciben como sueldo , sea que dicha asignación adicional reviste el carácter de honorarios , dieta o como quiera denominarse ; pero ello no significa que deba extenderse la prohibición

constitucional a casos en los cuales no se trasgrede este norma tendiente a mantener la moral en el servicio público.

Nótese cómo desde el artículo 61 , precaviendo la concentración indebida de la autoridad y a fin de preservar la separación de las ramas del poder público en el clásico trípode en el que descansa nuestro ordenamiento jurídico, se prohibe la acumulación, en tiempo de paz, de "la autoridad política o civil y la judicial o la militar". Luego sigue el artículo 62 que defiere a la ley la determinación de los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el ejercicio de aquellos empleos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascensos y jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público. Continúa el 63 ordenando que todos los empleos públicos deben tener funciones detalladas en la ley o el reglamento, para posteriormente establecer la ley fundamental en su artículo 64 la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público.

Que el objeto de la modificación de la palabra "sueldo" por la expresión "asignación" - mucho más comprensiva que la anterior, desde luego - dispuesto por el constituyente de 1936 fue el de evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo funcionario oficial con la consiguiente secuela de moralidad administrativa, resulta de la sola lectura del acta de la Comisión Octava del Senado correspondiente a la sesión del día 14 de noviembre de 1935, en la que se lee lo siguiente:

"Se dispone, como ahora, que ninguna persona devengará más de un sueldo del tesoro público, salvo las excepciones legales. Pero se eleva a categoría constitucional el texto legal de que por tesoro público se entiende el de la Nación, el de los departamentos y el de los municipios, y se agrega el caso de que el sueldo sea pagado por Empresa o Entidad que controla el Estado o de la cual sea éste el propietario principal o accionista.

El objeto de esta disposición es el de evitar el acaparamiento de las posiciones remuneradas y el de imprimir un sello de austeridad y decoro a las actividades de quienes directa o indirectamente sean funcionarios oficiales.

Análoga finalidad persigue el artículo nuevo que declara incompatible la investudura parlamentaria con el hecho de ser o haber sido durante cierto tiempo apoderado, agente, asesor o intermediario de compañías contratistas que negocien con la Nación". (Reforma Constitucional de 1936, Tomo 1, pág. 348. Colección "Pensadores Políticos Colombianos".Cámara de Representantes ...)

El texto propuesto mantenía a semejanza de su homólogo original de la Constitución de 1886, la expresión "sueldo" y así mantuvo su redacción hasta el 10 de marzo de 1936 cuando el Informe de la Comisión Especial de Reformas Cons-

titucionales de la Cámara de Representantes para el segundo debate del proyecto del Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución, se introdujo la palabra "asignación", con el único objeto de "hacerlo más comprensivo" y "para que no pueda pensarse que excluye la retribución de los congresistas". En lo pertinente la correspondiente acta de la sesión de la Cámara recogió así la ameritada propuesta y las razones, según el ponente, para la variación de la redacción del artículo. Así se lee:

"Artículo 21. Con el simple cambio de la palabra sueldo por el término de asignación a efecto de hacerlo más comprensivo, o para que no pueda pensarse que excluye la retribución de los congresistas, se acoge el artículo del Senado, que tuvo su origen en la Comisión de la Cámara ...".

Y continúa el informe explicando que el objeto de la modificación propuesta es el de evitar los "vicios que adulteran la democracia y lesionan el buen concepto que los gobernadores deben tener de los detentadores del poder público, indispensable apoyo moral para el consenso popular a las normas del gobierno"(ob. cita. pag. 270).

Como se ve, pues, fueron razones de moralidad de la administración y del poder público las que llevaron a cambiar la palabra "sueldo"por la palabra "asignación".

Este doble marco de referencia, el contextual y el teleológico, permiten comprender que dentro de la preceptiva del actual artículo 64 de la Constitución Nacional no se debe incluir un fenómeno diferente, cual es el de que dos personas, cónyugues entre sí, hayan cada una de ellas prestado independientemente por muchos años sus servicios al Estado, hasta obtener ambas su correspondiente pensión de jubilación sin que ello implique desde luego violación alguna de la Constitución o la ley.

De donde resulta entonces que por la circunstancia de fallecer uno de los dos perceptores de la asignación, no pueda el otro recibir por sustitución la pensión de jubilación que el fallecido devengaba?

La Sala Plena de Casación Laboral rectifica ahora el criterio según el cual se situó equivocadamente el fenómeno dentro de la regulación del artículo 64 de la carta, para luego darse a la tarea de buscar si se estaba ante uno de los "casos especiales"determinados por las leyes como excepciones a la prohibición de recibir más de una asignación oficial. Al proceder así es obvio que no se encontrará excepción , por la elemental razón de que el caso no correspondía a las previsiones que tuvo en cuenta el constituyente al establecer la regla general.

...
...

La evolución legislativa de la sustitución pensional a las viudas demuestra como esa institución tiene evidentemente naturaleza diversa de la pensión jubilatoria por servicios. Al establecer la sustitución pensional para la viuda el legislador no se propuso la consagración a cargo del empleador de un beneficio social que fuera simple o exclusivamente la contraprestación por los servicios prestados por un antiguo trabajador. Su intención no fue otra que garantizarle a la viuda que convivía con el pensionado fallecido y que de él dependía, primero por un breve lapso que luego se fue extendiendo hasta hacerse vitalicio, aunque condicionado, el mismo ingreso que éste venía percibiendo y que le permitía a aquella sobrevivir, desde el punto de vista económico a la pérdida de su marido.

Sin embargo, no es el simple recuento legislativo de las vicisitudes de la susodicha pensión por sustitución lo que permite advertir su verdadera naturaleza de prestación social diferente a la pensión por servicios. Esta diferencia resulta de distinguir entre el carácter de contraprestación por un trabajo pretérito que se rindió por el pensionado que tiene la pensión por servicio, de la índole eminentemente tuitiva del estado de viudedad que tiene la pensión por sustitutución, conforme resulta de la condició que indistintamente han impuesto todos los estatutos reguladores de dicho instituto jurídico. Tal condición ha sido en el pasado, y lo es en el presente, que la viuda mantenga su estado civil de tal, y ni siquiera haga vida marital , so pena de perder la sustitución que precisamente en razón de su viudez, se le otorga y mantiene.

...
...

Otra diferencia, para resaltar, que se trata de dos insituticiones por completo distintas, es la ya anotada de que la pensión por sustitución de la viuda puede perderse cuando ésta no mantiene su estado de viudez o hace vida marital, mientras que la pensión directa por servicios no puede perderse, salvo, claro está, cuando dicha pérdida se imponga por sentencia judicial.

...
...

Cuando el trabajador oficial activo fallece, sus beneficiarios tienen derecho al reconocimiento y pago del seguro de vida o seguro por muerte y nadie podrá pensar que dicho seguro se pierda por el hecho de que alguno de esos beneficiarios se encuentre percibiendo un sueldo o una pensión a cargo del Estado. Y nadie puede pensar tampoco que el perjuicio económico y la aflicción que sufre la cónyugue del trabajador activo por la muerte de su marido sean mayores o más traumáticos que los que sufre, ante el mismo infortunio, la cónyugue del pensionado. Pues bien, la "asignación" correspondiente al seguro de vida ha concurrido y puede continuar concurriendo con la "asignación" correspondiente al sueldo o pensión de la viuda sin que sea dable pensar que en este caso

dicha viuda esté percibiendo, contra la prohibición del artículo 64 de la Constitución, más de una "asignación" pagada por el tesoro público.

...
...

Nada tiene que ver, entonces, la sustitución a la viuda de la pensión de jubilación como consecuencia de la muerte del pensionado oficial con la prohibición establecida como norma general por el artículo 64 de la Constitución Nacional. Por tanto, mal podría ser éste uno de los "casos especiales" que, por vía de excepción, debiera determinar el legislador ....

(Ver Jurisprudencia y Doctrina, Legis, julio de 1991).

8.- La sala encuentra, pues, que los actos acusados han de ser anulados en cuanto desconocieron a la demandante María Débora Manzano de Llanos el derecho a la sustitución pensional respecto a la que percibía su difunto marido doctor Alvaro Llanos Oviedo al momento de su muerte. Habrá que revocar la sentencia apelada y , en su reemplazo dispondrá lo pertinente en cuanto al petitum del libelo.

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

F A L L A :

Revócase la sentencia de ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa (1990) dictada por el Tribual Administrativo del Valle, Sección Seguda en este asunto, y en su lugar se dispone:

1° Decláranse nulas las resoluciones números 751 de 1987 -30 de octubre- y 2812 de 1988 -23 de marzo- en cuanto negaron la sustitución de pensión de jubilación de que gozaba el doctor Alvaro Llanos Oviedo, a su viuda María Débora Manzano de Llanos, identificada con cédula de ciudadanía número 25.596.374 de Cali.

2° A título de restablecimiento del dereho, el Instituto de Seguros Sociales, seccional Valle del Cauca, se obliga a pagar a la señora María Débora Manzano de Llanos, el cincuenta por ciento (50%) del valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al doctor Alvaro Llanos Oviedo en Resolución N° 277 de 30 de mayo de 1977, con los incrementos pecuniarios legales, la cual sustitución se reconoce a partir del 29 de diciembre de 1986, fecha de fallecimiento del causante, bajo las condiciones precisadas en las leyes que gobiernan la materia.

3° El Insitituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, procederá a afiliar a la señora María Débora Manzano de Llanos como beneficiaria, para la prestación de los servicios asistenciales a que tenga derecho.

4° momento en que Diego Hernán y María Victoria Llanos Manzano, quede inhabilitados para recibir su respectiva porcentual sustitución, ella acrecerá la de su madre legítima María Débora Manzano de Llanos.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN.- CUMPLASE.-

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 8 de julio de 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.

PENSION DE JUBILACION / SUSTITUCION PENSIONAL - Incompatibilidad **/ DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO-** Improcedencia (Salvamento de voto)

Como a la demandante le fue reconocida pensión de jubilación por la referida Entidad de previsión social y la pensión que devengaba su esposo fallecido estaba a cargo del ISS por servicios prestados en organismos oficiales, no es dable jurídicamente en el caso sub-lite que pueda tener derecho a sustituir en parte esta prestación, pues la única forma viable para tener acceso a ella es renunciando a la pensión asignada por la Caja Nacional de Previsión Social. De lo contrario se configuraría en este asunto incompatibilidad para percibir dos asignaciones provenientes del tesoro público, de conformidad con el mandato del artículo 64 de la Constitución Política anterior, puesto que no existe disposición legal que lo permita en casos como el que ahora estudia la Sala.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santafé de Bogotá, D. C. , veintiseis (26) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Ref.: Expediente No. 5068 Actora: María Débora Manzano de Llanos

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO

Respetuosamente me aparto de la decisión adoptada por la Sala.

Considero que la sentencia del Tribunal merecía ser confirmada, toda vez que, como a la demandante le fue reconocida pensión de jubilación por la referida Entidad de previsión social y la pensión que devengaba su esposo fallecido estaba a cargo del ISS por servicios prestados en organismos oficiales, no es dable jurídica-

mente en el caso sub-lite que pueda tener derecho a sustituir en parte esta prestación, pues la única forma viable para tener acceso a ella es renunciando a la pensión asignada por la Caja Nacional de Previsión Social. De lo contrario se configuraría en este asuto incompatibilidad para percibir dos asignaciones provenientes del tesoro público, de conformidad con el mandato del artículo 64 de la Constitución Política anterior , puesto que no existe disposición legal que lo permita en casos como el que ahora estudia la Sala.

Las excepciones a esa prohibición no se referían a la posibilidad de gozar de dos pensiones pagadas por el Tesoro Público cuando una de elllas se adquiere por derecho de sustitución y la otra por reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio. Es decir, a mi juicio, la norma constitucional prohíbe devengar dos asignaciones que provengan del tesoro público, independientemente del origen de las mismas o de su causa.

Solamente a partir de la vigencia de la ley 4a de 1992, se consagró expresamente en el literal c) de su artículo 19 la compatibilidad con asignaciones percibidas por concepto de sustitución pensional.

Clara Forero de Castro

ABANDONO DEL CARGO / VACANCIA DEL CARGO/ PROCESO DISCIPLINARIO

Independientemente de la condición de funcionario inscrito en carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción que ostente el interesado, la declaratoria de vacancia por abandono del empleo no requiere que necesariamente se adelante el procedimiento disciplinario, pues éste está reservado a las investigaciones que puedan dar lugar a la imposición de las sanciones disciplinarias, dentro de las cuales no se encuentra tal declaratoria , cuando la administración considera que los efectos del abandono no llegan a constituír falta disciplinaria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santafé de Bogotá , D. C. , julio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y tres (1993) .

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expendiente N°, 5712 Autoridades Nacionales. Actor: Rafael Angel Celis Rincón

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 12 de febrero de 1991 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, para dirimir la litis planteada por Rafael Angel Celis Rincón contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA - .

ANTECEDENTES

El actor pidió al Tribunal anular la Resolución N° 5801 de 23 de noviembre de 1983, por medio de la cual la Gerencia General del Incora declaró vacante el cargo

de Jefe de Sección 08 que desempeñaba en la Regional de Arauca, con sede en Saravena. Solicitó también la nulidad de la Resolución N° 6728 de 29 de diciembre de 1983, por la cual se negó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución primeramente citada y que como consecuencia de tales nulidades se le restableciera en los derechos que, en su concepto, le fueron vulnerados con la expedición de dichos actos.

Los hechos fundamentales de la acción son, en síntesis, los siguientes:

- Desempeñándose el demandante como jefe de la Sección Jurídica de la Regional Norte de Santander del INCORA, en el mes de febrero de 1983, sin que hubiera razón o justa causa , se le quiso trasladar a Barranquilla , de lo cual posteriormente se desistió. Sinembargo , por medio de la resolución número 2768 de julio 7 de 1983 se dispuso su traslado a la Regional Arauca , resolución que demandó el 22 de octubre siguiente.

- Contra su voluntad, el actor se trasladó a la nueva sede de trabajo a fin de que no se decretara la vacancia del cargo y desde allí pidió al Gerente General de la Entidad que se le reintegrara al anterior cargo o en su defecto, se le aceptara la renuncia, solicitudes que le fueron denegadas, por considerarlas contrarias a las disposiciones legales. No obstante, y en atención al desmejoramiento que le causaba el traslado, reiteró su deseo de renunciar, pero el 24 de octubre de 1983 la administración le comunicó que no podía "aceptar mi petición de renuncia por no estar acorde trámites administrativos tales novedades". (Sic.) (Folio 42).

- Agrega el libelista que por estimar caprichosa y abusiva la actitud de la administración consideró oportuno no reintegrarse a sus labores después de disfrutar de vacaciones y de esperar el resultado de la demanda instaurada a fin de obtener la nulidad del acto de traslado.

- Señala luego que el INCORA no observó el procedimiento previsto en el Decreto 1950 de 1973, ya que para decretar la vacancia del cargo no obtuvo concepto de la Comisión de Personal, pues como era funcionario inscrito en carrera administrativa desde 1973, debió observar lo previsto en el artículo 127 ibídem, máxime si se trataba de incumplimiento de obligaciones como se indica en el acto acusado.

- Por último advierto, que tanto la orden de traslado como la no aceptación de la renuncia, son decisiones caprichosas, ilegales y abusivas, "hasta el punto de presionarme para obtener mi retiro por los medios que motivaron el acto acá acusado". (Folio 42)

LA SENTENCIA:

El Tribunal negó las súplicas de la demanda bajo la consideración de que el acto enjuiciado se produjo con base en el hecho demostrado de la no presentación del actor a su lugar de trabajo luego de haber disfrutado de sus vacaciones; que no se

incurrió en irregularidad al proferir la resolución enjuiciada pues el estatuto de la carrera administrativa no establece procedimiento especial para declarar la vacancia de un cargo; que el Incora obro correctamente al no aceptar las renuncias presentadas por el accionante, ya que no reunían el requísito de ser una manifestación inequívoca de declinar el cargo; que no había transcurrido el término de treinta días previsto en el artículo 111 del Estatuto de la Carrera Administrativa, que justificara su ausencia del sitio del trabajo.

Finalmente el a-quo estimó que las razones de justificación para no retornar al servicio debido a las incomodidades que le traía vivir en Saravena, no son de recibo, puesto que había transcurrido más de dos meses desde la fecha en que se produjo el traslado "por lo cual ha debido seguir el trámite legal de su retiro, con mayor razón si había sometido el litigio a la jurisdicción Contencioso Administrativa". (folio 126).

EL RECURSO

Al sustentarlo la parte actora manifiesta que discrepa de la apreciación del fallador acerca de que los motivos que adujo, no justificaban su ausencia del sitio de trabajo; que había presentado renuncia de su empleo por no incurir en abandono del mismo y que tenía múltiples razones que imposibilitaban su regreso a Saravena, unas de índole económica, otras de carácter familiar, como que una de sus hijas padecía trastornos mentales, que precisaron su reclusión en un sanatorio. Estas circunstancias, asevera, condujeron a la jurisdicción contenciosa a declarar la nulidad del acto por el cual se dispuso su traslado a esa localidad, de modo, afirma, que la sola consideración de la información del acto de traslado, lo releva de referirse a las razones por las cuales no podía volver a Saravena y que justificaban su ausencia del sitio de trabajo, luego de disfrutar de sus vacaciones.

De igual manera el apelante expresa su inconformidad con los planteamientos del Tribunal acerca de que no era dable al Incora tener en cuenta las renuncias que presentó, por no contener una manifestación inequívoca de su deseo de declinar el cargo que ocupaba, pues estima que éste se evidencia del texto de las respectivas comunicaciones y que a efecto de separarse del servicio, es válida cualquier manifestación que conlleve la voluntad o decisión de renunciar, ya que no existen fórmulas sacramentales para expresar el interés de demitir de un empleo público.

Advierte que según voces del artículo 112 del Decreto 1950 de 1973, si a juicio de la autoridad nominadora existieren motivos de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, debe solicitar al interesado su retiro, pero si éste insistiere deberá aceptarla y que en su caso, en virtud de que la primera renuncia no le fue aceptada y él insistió en ella, el Incora estaba obligado a admitirla, pero no fue así, ya que nuevamente le informó la no aceptación por no reunir los requisitos legales.

Por tal razón, y ante el proceder arbitrario de la administración, debe entenderse plenamente justificada su inasistencia al trabajo, puesto que tenía derecho a hacer dejación de su empleo sin dar lugar al abandono del mismo, toda vez que el artículo

113 del Decreto 1950 de 1973, preve que vencido el término de treinta (30) días que tiene la administración para hacer efectiva la dimisión sin que haya decidido sobre ella, el dimitente podrá separarse de su empleo sin incurrir en su abandono o continuar en su desempeño, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

De suerte, dice el recurrente, que como el Incora se pronunció negativamente a su renuncia cuando por ley estaba obligado a aceptarla, quebrantó las normas del citado decreto a las cuales se ha hecho referencia y, por consiguiente, se impone la declatoria de nulidad del acto acusado, ordenando su reintegro como jefe de sección 08 en la ciudad de Cúcuta, habida consideracion que su traslado a Saravena fue declarado nulo por la jurisdicción contencioso administrativa.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Tras precisar que el traslado del actor de Cúcuta a Saravena y las renuncias que éste presentó, son hechos independientes del abandono del cargo, de modo que si el traslado o la no aceptación de la renuncia se ajustan o no a derecho, ello es cuestión que no incide en la presente litis, porque tales decisiones no se están juzgando, la Fiscal Quinto de la Corporación concluye, que los actos por medio de los cuales se declaró la vacancia del cargo por abandono que son objeto de impugnación, fueron dictados conforme a derecho, pues se constató el abandono injustificado del empleo por parte del accionante y éste no justificó dicha ausencia, antes bien afirmó que debido a que la administración en dos oportunidades no aceptó su renuncia, consideró que la mejor alternativa era no reintegrarse a laborar luego de fenecidas las vacaciones de que disfrutó y esperar el resultado de la demanda que había promovido contra el acto de traslado.

No encontrándose causal que invalide lo actuado, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha definido el abandono del empleo como causal autónoma de retiro del servicio público, es decir, independiente de las demás, especialmente de la declaración de insubsistencia del nombramiento, de la destitución o de la aceptación de la renuncia.

Por manera, que no es el caso analizar en el sub-lite, como lo pretende la parte actora, la legalidad de la no aceptación de su renuncia que en dos ocasiones presentó, para determinar si aquella renuencia de la administración, constituye causal justificativa de la ausencia del actor del sitio de trabajo, luego de disfrutar sus vacaciones, puesto que, se repite, una es la decisión negativa de la admisión de la renuncia, susceptible de ser cuestionada por vicios propios y otra muy distinta la determinación de declarar, por abandono, la vacancia del empleo, que también debe sujetarse a las reglas que regulan esta forma de retiro del servicio. En otras palabras, en el caso sub-lite no tienen incidencia alguna las renuncias presentadas por el actor, respecto a las cuales, por lo demás, se pronunció oportunamente la administración.

Idénticos razonamientos cabe hacer en relación con la orden de traslado impartida al demandante con antelación a su retiro del servicio, porque ésta, es también una decisión que en sí misma considerada no guarda relación alguna con la declaratoria de vacancia del empleo, igualmente pasible de impugnación, si se considera que con el traslado se contraría la preceptiva jurídica que gobierna esta forma de provisión de empleos, lo cual, según lo afirma, hizo el demandante, obteniendo según él, fallo favorable a sus pretensiones de infirmación del respectivo acto administrativo.

Precisado este aspecto del debate, examinará la Sala si en el presente caso, ocurrió o no el abandono que dió lugar a la declaratoria de vacancia del empleo que desempeñaba el accionante.

A folio 261 del cuaderno número 3 aparece la comunicación fechada el 4 de noviembre de 1983 enviada por el Gerente de la Regional Arauca del Incora, a la División de Administración de Personal de la Entidad, para informar que el doctor Rafael Celis Rincón no se había presentado a trabajar, debiendo reintegrarse el dos (2) de ese mismo mes y año; y a folio 263 ibídem, figura del Incograma calendado el 10 de noviembre de 1983, remitido por el funcionario mencionado en el cual, ante el requerimiento del Jefe de Personal, indica que desconoce los motivos por los cuales hasta esa fecha el accionante no había concurrido al trabajo.

La misma Gerencia Regional de Arauca del Incora, a solicitud del a-quo en julio de 1985 certifica que el doctor Celis Rincón " no se presentó a laborar el día 2 de noviembre de 1983, luego de terminar el disfrute de sus vacaciones". (folios 4 y 5, cdno. N° 4).

Por su parte, el mismo demandante señala en el libelo que ante la posición asumida por la administración frente a su dimisión, la cuál calificó de caprichosa y arbitraria, consideró "que la mejor alternativa era no reintegrarme a laborar luego de mis vacaciones y esperar el resultado de la demanda instaurada contra el acto administrativo de traslado presentada como se dijo antes, ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 22 de octubre de 1983". (folio 42) . Se halla entonces plenamente comprobada la inasistencia del actor al trabajo una vez culminaron sus vacaciones.

De otra parte, los motivos que aduce el actor en orden de justificar la dejacion de su empleo, carecen de la Entidad jurídica suficiente para eregirse en razones justificativas de su conducta, por cuanto si, en su sentir, la administración obró ilegalmente al no aceptar su dimisión, abandonar el cargo no era el mecanismo apropiado para manifestar su desacuerdo con aquella determinación y, de otra parte, el hecho de haber instaurado una demanda contra el acto que dispuso su traslado de Cúcuta a Saravena, no lo exonera del deber de prestar sus servicios al Incora, pues se hallaba vigente la relación legal y reglamentaria que desde su nombramiento y posesión se trabó con dicho instituto.

De acuerdo con lo expuesto y al tenor de lo previsto en los artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973, el actor incurrió en abandono del cargo, que obligaba a la autoridad nominadora a declarar la vacancia del empleo que ocupaba.

Rezan así dichas disposiciones :

"ART. 126 : El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

1. *No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones,* comisión o dentro de los treita (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar . (Subraya fuera del texto).

ART. 127: Comprobado cualquiera de los hechos de que trata el artículo anterior, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previo los procedimientos legales.

Resta agregar que independientemente de la condición de funcionario inscrito en carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción que obstente el interesado, la declaratoria de vacancia por abandono del empleo no requiere que necesariamente se adelante el procedimiento disciplinario, pues éste está reservado a las investigaciones que puedan dar lugar a la imposición de las sanciones disciplinarias, dentro de las cuales no se encuentra tal declaratoria, cuando la administración considera que los efectos del abandono no llegan a constituír falta disciplinaria. No son pues de recibo, los planteamientos del actor en este sentido.

Fuerza entonces concluir que los actos acusados fueron dictados conforme a derecho, siguiendo vigente la presunción de legalidad que los ampara y, por ende, se impone la confirmación del fallo denegatario de las pretensiones del demandante.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 12 de febrero de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el proceso promovido por RAFAEL CELIS RINCON, con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones números 05801 y 6728 de 1983, expedidas por la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de julio de 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.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA POR CUANTIA/FACTORES SALARIALES/PRIMA TECNICA-Inexistencia/ASIGNACION MENSUAL

La prima técnica se confiere no al cargo sino al funcionario que tenga una formación técnica o científica especial . Es decir, toda persona que llegue a ser titular de un cargo no tiene derecho a percibir la prima técnica. Cuestión bien diferente cuando se trata de la asignación básica, pues ella la percibe siempre su titular. La disposición transcrita en su inciso primero se encargaba de resaltar la diferencia que existía entre la asignación mensual propia del cargo, y la renumeración dirigida a la persona del titular del empleo, cuando expresaba entre otros aspectos que la prima constituía un reconocimiento especial al nivel de formación, que poseyera el titular del empleo. Criterio bien diferente al empleado en el segudo inciso cuando se refiere a la asignación básica mensual del empleo, y que percibirá cualquier persona que sea titular del cargo. Como la competencia por el factor cuantía la fijó el C.C.A. en el artículo 131 para el caso que no ocupa, con el criterio de la asignación mensual que corresponde al cargo y no a la persona, y no habiendo quedado demostrado que el Concejo Municipal de Ibagué acordó incluir la prima técnica como elemento integrante de la asignación mensual del cargo, de los empleos públicos de Municipio de Ibagué, se concluye que el proceso sentenciado con ocasión de la demanda instaurada En el Tribunal Administrativo del Tolima, es de única instancia y por lo tanto se estima que la concesión de la apelación estuvo bien denegada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santafé de Bogotá , D. C. , julio veintidos (22) de mil novecientos noventa y tres (1993) .

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expendiente N° 7888 Actor: Fernando Sánchez

FERNANDO SANCHEZ AMORTEGUI, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de 23 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual declaró la nulidad del acto que la separó del servicio accediendo a sus pretensiones, pero señalando que del valor de las sumas pagadas se debía deducir lo percibido por concepto salarios y prestaciones sociales obtenidas en otra entidad oficial, como resultado de una vinculación laboral durante su retiro del servicio, en desarrollo de lo preceptuado en el artículo 128 de la C.N.

El recurso lo dirige contra la sentencia por haber ordenado dicha deducción. El tribunal administrativo negó la concesión del recurso por estimar que el proceso era de única instancia, en virtud de que conforme al D.01 de 1984, los Tribunales Administrativos conocen en única instancia de los actos de retiro cuando la asignación mensual correspondiente al cargo no exceda de $ 80.000.oo, la que reajustada mediante D.597 de 1988, para 1990, año de expedición del acto acusado, asciende a la suma de $ 120.000.oo, y el cargo del actor en esa época tenía señalada una asignación mensual de $ 105.780.oo, ya que no podía sumársele a dicho valor lo que el demandante percibía por concepto de prima técnica, pues dicha retribución no era "inherente al empleo mismo."

En uno de sus apartes dijo el tribunal:

> 131 del C.C.A., dispone que el tribunal conocerá en única instancia de los procesos que impliquen retiro del servicio cuando la asignación mensual correspondiente al cargo no exceda de ochenta mil pesos ($80.000.oo), reajustada según el Decreto 597 de 1988, para el año de 1990, la suma de $ 120.000.oo m/cte.
>
> Lo que se debe tener en cuenta para efectos de la cuantía determinante del número de instancia en el caso debatido es la asignación básica que tenía el cargo al momento de la remoción del empleado. Y como la asignación mensual correspondiente al cargo desempeñado por el actor era de $105.780.oo, este asunto es en consecuencia de única instancia, y por ende, no puede ser revisado por la vía del recurso de apelación, pues la prima técnica según definición del artículo primero del Decreto 362 de 1979 es un reconocimiento al nivel de formación técnica y científica que poseen los titulares de los empleos y no es inherente al empleo mismo. "

No encontrándose satisfecho el actor contra la decisión del Tribunal por estimar que la asignación mensual que percibía al momento de su desvinculación ascendía a la suma de $ 158.670.oo, por cuanto la prima técnica conformaba con la otra suma, "un sólo cuerpo salarial", interpuso el recurso de queja, contra la providencia que le denegó la apelación.

Dijo en uno de sus apartes el recurrente:

> "El derecho administrativo en consideración a la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de las funciones ejercidas por mi poderdante le remunero su trabajo con una asignación mensual de $158.670.oo.

Por la naturaleza de la asignación básica y la responsabilidad inherente al ejercicio de la función pública la prima técnica y aquella, mes a mes, formaron un solo cuerpo salarial, asignación mensual permanente, como remuneración a mi mandante, también sometiéndose en su integridad a los descuentos y demás disposiciones de orden legal tomándola como asignación mensual."

Para resolver se

CONSIDERA:

1) El inciso 2° del literal b) del numeral 6° el artículo 131 del C.C.A., prescribe lo siguiente:

"Los tribunales administrativos *conocerán* de los siguientes procesos privativamente y en *única instancia*:

(...) de los procesos sobre actos de destitución, declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, conocerán en única instancia los Tribunales Administrativos cuando la *asignación mensual correspondiente al cargo* no exceda de CINCUENTA MIL PESOS ($ 50.000.oo). " (se subraya)

Esta suma fue reajustada mediante los Decretos 3867 de 1985 y 2269 de 1987.

2) Por su parte el artículo 265 del C.C.A. modificado por el artículo 4° del D. 597 de 1988, prescribe:

"Las cuantías y su reajuste. Los valores expresados en moneda nacional por este código, se reajustarán en un (40%) cuarenta por ciento, cada dos años, desde el primero (1°) de enero de mil novecientos noventa (1990), y se seguirán ajustando automáticamente cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha.

Los resultados de estos reajustes se aproximarán a la decena de miles inmediatamente superior.

La vigencia de los aumentos porcentuales a que se refiere el inciso anterior, no afectará la competencia en los asuntos cuya demanda ya hubiese sido admitida."

3) Efectuados los anteriores reajustes, la suma de $50.000.oo quedó para el año de 1990 en la suma de $120.000.oo, como lo señaló el.

4) Como la discrepancia entre lo afirmado por el Tribunal y el recurrente radica en que a juicio del actor la prima técnica como factor salarial en el Municipio de Ibagué constituye parte integrante de lo que se ha denominado por el C.C.A., como

"asignación mensual correspondiente al cargo", deberá examinarse esta afirmación en el siguiente orden:

a) Bajo la Constitución de 1886, artículo 197, atribución 3ª, al Concejo Municipal le correspondía fijar "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos", y era en dichas disposiciones administrativas en donde debía indagarse si la llamada prima técnica en el Municipio de Ibagué estaba incluida o hacía parte de la asignación mensual del cargo del cual el actor era titular.

Sin embargo, este hecho no tuvo comprobación alguna en el presente recurso y tampoco lo fue en el proceso respectivo.

b) La noción de prima técnica así como la invocación de sus normas que al respecto hacen tanto el Tribunal Administrativo de Ibagué como el recurrente, al decidir la oportunidad del recurso, se refieren al concepto de prima técnica que el legislador le confirió a dicho factor salarial, pero aplicable a las escalas salariales para los empleados públicos del orden nacional.

En efecto, los Decretos 1042 de 1978 y 362 de 1979 prescribieron:

El artículo 1° del D. 1042 preceptúa:

"DEL CAMPO DE APLICACION.
El sistema de nomenclatura, clasificación y *remuneración de cargos que se establece* en el presente Decreto *regirá para los empleados públicos* que desempeñan la distintas categorías de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante ."(se subraya).

El encabezamiento del D.R. 362 de 1979, expresa lo siguiente:

"Por el cual se reglamentan los Artículos 52,53, 54, 55, 56 y 57 del Decreto Ley 1042 de 1978 sobre la Prima Técnica". (se subraya).

c) Conforme a estas disposiciones, la prima técnica, es un reconocimiento al nivel de formación técnica y científica que poseen los títulares de empleos públicos del orden nacional cuyas funciones exigen la aplicación de conocimientos altamente especializados.

Textualmente decía el D.R. 362 de 1979, en su artículo 1°:

"DE LA PRIMA TECNICA:
La prima técnica constituirá un reconocimiento del nivel de formación técnica y científica que posean los titulares de empleos cuyas funciones exigen la aplicación de conocimientos altamente especializados.

La prima será equivalente a un procentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del funcionario al cual se asigna.
La prima técnica se pagará mensualmente y constituirá factor de salario para todos los efectos legales". (se subraya).

En otros términos, la prima técnica se confiere no al cargo sino al funcionario que tenga una formación técnica o científica especial. Es decir, toda persona que llegue a ser titular de un cargo no tiene derecho a percibir la prima técnica. Cuestión bien diferente cuando se trata de la asignación básica, pues ella la percibe siempre su título.

La disposición transcrita en su inciso primero se encargaba de resaltar la diferencia que existía entre la asignación mensual propia del cargo, y la remuneración dirigida a la persona del título del empleo, cuando expresaba entre otros aspectos que la prima constituía un reconocimiento especial al nivel de formación que poseyera el titular del empleo.

Criterio bien diferente al empleado en el seguno inciso cuando se refiere a la asignación básica mensual del empleo, y que percibirá cualquier persona que sea titular del cargo.

d) Como la competencia por el factor cuantía la fijo el C.C.A. en el artículo 131 para el caso que nos ocupa, con el criterio de la asignación mensual que corresponda al cargo y no a la persona, y no habiendo quedado demostrado que el Concejo Municipal de Ibagué acordó incluir la prima técnica como elemento integrante de la asignación mensual del cargo, de los empleos públicos del Municipio de Ibagué, se concluye que el proceso sentenciado con ocasión de la demanda instaurada en el Tribunal Administrativo del Tolima, es de única instancia y por lo tanto se estima que la concesión de la apelación estuvo bien denegada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contecioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE :

Estímase bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima de fecha 23 de septiembre de 1992, en demanda promovida por FERNANDO SANCHEZ AMORTEGUI, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Una vez ejecutoriada, devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintidos (22) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Ausente*; Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.*
Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE-Incompatibilidad/DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO ES DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO

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 pénsum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria . El literal a) del articulo 1° del Decreto 1713/60 que consagra una excepción a la prohibición costitucional, hace salvedad expresa, si se trata de profesorado de tiempo completo. El horario normal de trabajo de 8 horas, tiene que ver con los docentes que teniendo un cargo de tiempo completo pueden desempeñarse por ejemplo, como profesores de cátedra, siempre que el horario normal de trabajo lo permita, pues es el caso de dos tiempos completos tiene regulación expresa y debe aplicarse 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.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá , D.C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N° 5711. Autoridades Departamentales. Actor : Edgar de Jesús Aguirre Villegas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 8 de febrero de 1991 del Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las

súplicas de la demanda instaurada por el señor Edgar de Jesús Aguirre Villegas contra la universidad de Antioquia, con el fin de obtener la infirmación de la Resolución N° 0218 de 20 de febrero de 1989, por medio de la cuál 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 pretenciones del actor , apoyándose en jurisprudencia del Consejo de Estado, el a-quo expresó que como el señor Aguirre Villegas por desempeñar simultaneamente dos cargos docentes oficiales, de tiempo completo, percibía al mismo tiempo dos asignaciones del erario público, 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 excluídos 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 concluír que accedío a uno de ellos en virtud de nombramiento y posesión que quebrantan expresar prohibiciones legales (arts. 1°, 9°, 12 y 10 de los decretos 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 simultaneamente otro u otros sueldos como educador de tiempo completo en otros establecimientos educativos de la nación, de departamento o municipio alguno".

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 N° 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 regla-*

mento del Liceo Antioqueño adoptado por el Acuerdo 19 de 1960, y la Resolución 2 de 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 mater, 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 N° 3588, Actor: Romano 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.

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 al asunto debatido, pues, "en dicha sentencia se partió de la base 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 1° del Decreto 1713 de 1960; que tales fallos se basaron en disposiciones derogadas (Decreto 2933 de 1978 por el artículo 17 del Decreto 386 del 22 de febrero de 1980) y declaradas inexequibles (art. 12 Decreto 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 10o.y 9° de los Decretos 269 de 1982 y 294 de 1983, respectivamente.

EL 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 3° 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. 189 y 190) y 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 Instituto Industrial Antonio Mesa Naranjo, sin que hubiera interferencia entre las jornadas laborales y los horarios normales de actividad y, por

ende, debe concluírse que esto le permitía el ejercicio regular de tales cargos y percibir válidamente en forma simultanea 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 7° del Decreto 2277 de 1979, porque esa medida procede cuando "el docente no cumple con las estipulaciones fijadas en los artículos 5° y 6° de la misma preceptiva, esto es, que no posea título académico ni este inscrito en el escalafón nacional, exigencias legales éstas que llena el demandante" (fl.192).

De acuerdo con los anteriores planteamientos, la Fiscalía opina que el fallo apelado debe revocarse, 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 N°.0218 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 de dicho empleo - 28 de enero de 1980 - , 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 1° 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*, ello no implica que la expresión *"PROFESORADO DE TIEMPO COMPLETO"* utilizada en el literal a) del artículo primero del Decreto 1713 cambie su significado, es decir, el que le atribuyen las

normas legales sobre la materia, y se quede sin efecto la prohibición allí establecida si los dos tiempos completos tienen una jornada inferior a 8 horas cada uno.

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 pénsum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria.

El literal a) del artículo 1°. del decreto 1713 de 1960 que consagra una excepción a la prohibición constitucional aludida, hace salvedad expresa, si se trata de profesorado de tiempo completo. 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 los docentes que teniendo un cargo de tiempo completo pueden desempeñarse por ejemplo, como profesores de cátedra, siempre que el horario normal de trabajo lo permita, pues el caso de dos tiempos completos tiene regulación expresa y debe aplicarse 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 Aguirre Villegas, 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. 13) y el INEM Antonio Mesa Naranjo (fl.61), 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, porque, se repite, la incompatibilidad se refiere a las asignaciones que corresponda a la remuneración de tiempos completos.

Frente a una clara incompatibilidad legal para devengar dos asignaciones como profesor de tiempo completo, no quedaba otro remedio que poner fin a una de esas vinculaciones mediante la insubsistencia, así el artículo 7° del Decreto 2277 de 1979 no hubiera contemplado ese caso.

Lógicamente con este proceder no se transgren de 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 excluído 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 garantías de estabilidad relativa que en ellas se consagran. Más en el presente caso, no puede afirmarse que respecto de su vinculación con la Universidad de Antioquia, contraria a prohibiciones legales, 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 la exclusión del escalafón ello hubiera repercutido desfavorablemente en las condiciones de la relación laboral del accionante con el INEM Industrial Antonio Mesa Naranjo.

Resta anotar que la prohibición de desempeñar 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 4 de 1992, que prescribe:

> "Nadie podrá desempeñar simultaneamente 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 Municipio, no puede devengar simultáneamente otro y 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 8 de febrero de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso promovido por Edgar de Jesús Aguirre Villegas contra la Universidad de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 15 de julio de 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.

INSTITUTO POLITECNICO COLOMBIANO - Jaime Isaza Cadavid/ **CONSEJO SUPERIOR/ COMPETENCIA/RECTOR-** Funciones.

El actor ocupaba el cargo de Director de Unidad de Tecnologías Administrativas y por esa razón - de acuerdo con la disposición transcrita - la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento por parte del Rector es ilegal, pues este funcionario no tenía competencia para hacerlo, sino el Consejo Superior. La "ratificación" que de la insubsistencia hizo con posterioridad el Consejo Superior para convalidar con retroactividad la medida adoptada, carece de sustento legal y de eficacia. Ni en los estatutos de la Entidad ni en ninguna otra norma allegada al proceso o enunciada en la demanda aparece que una declaratoria de insubsistencia semejante estuviera sujeta a "convalidación o refrendación" ni simultánea ni posterior al acto de remoción de un Jefe de Unidad. Nada de eso se lee en el Decreto 1310 de 1983, artículo 18, literal f), pues allí se habla es de las funciones del Rector y entre ellas no se encuentra la de nombrar y remover a los Directores de Unidad, atribución especial - como ya se vió - asignada al Consejo Superior. NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se puede consultar la sentencia del 10 de junio de 1993, Exp. 5737, Ponente: Doctor DIEGO YOUNES MORENO, Actor: WILLIAM BETANCUR TABORDA

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C. agosto (5) de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N° 5793. Autoridades Departamentales. Actor :José Orlando Zuluaga S.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el primero de febrero de 1991 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Señor José Orlando Zuluaga Sánchez pidió al Tribunal anular la Resolución 0370 (junio 29) de 1988, por medio de la cual el Rector del Instituto Politécnico Colombiano "Jaime Isaza Cadavid" declaró insubsistente su nombramiento como Director de la Unidad de Tecnologías Administrativas, adscrito a la Vicerrectoría Académica de esa institutción.

Como consecuencia, solicitó el restablecimiento de su derecho.

LA SENTENCIA APELADA

El tribunal se declaró inhibido para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda.

Para hacerlo se tuvo en cuenta:

"Que no se demandó el acto del Consejo Superior que convalidó y ratificó la declaratoria de insubsistencia del demandante. Que - se pregunta el a-quo- "cúal fue el acto que retiró del servicio al demandante y por consiguiente el que ha debido demandarse: el proferido por el Rector, el del Consejo Superior, o ambos?" (folio 50). Y precisa: "Para la Sala ni la declaratoria de insubsistencia del Rector ni la convalidación o ratificación del Consejo Superior por sí solas desvincularon al actor. Esta se produjo por la conjugación de los dos actos. De ahí que haya debido pedirse la nulidad de ambos, si se quería obtener el restablecimiento del derecho que se dice fue violado" (Folio 50).

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Dice el apelante: "Si la norma es clara y taxativamente le otorga la facultad de NOMBRAR Y REMOVER DIRECTORES DE UNIDAD al Consejo Superior y no le dá esta facultad al Rector, la Resolución Rectoral que lo removió fue, como se demostró en la demanda, viciada de nulidad por la incompetencia de este para proferirla y la posterior convalidación en nada modificó la situación de mi defendido, quien inclusive está desvinculado desde el día de la Resolución demandada, no desde la convalidación que es totalmente inexistente y no tendría por qué demandarse, pues no variaba con ello la situación jurídica del afectado» (folio 58).

Advierte luego que en este caso no se da un acto administrativo complejo. Luego analiza jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia e insiste en que se trata de actos distintos e independientes. Pide que se revoque la inhibitoria y se acceda a las súplicas de la demanda.

EL CONCEPTO FISCAL

En lo fundamental la Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado concluye pidiendo acceder a las súplicas de la demanda porque (el Acto del Rector, declarativo de la insubsistencia) «... es evidente que está viciado de nulidad por falta de competencia del Agente para proferirlo ...» (folio 75).

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunicarse en casos semejantes al presente y es así como -por ejemplo- en sentencia de 10 de junio de 1993 (Expediente 5737, Actor: José William Betancur Taborda. Consejero Ponente Doctor Diego Younes Moreno) se revocó la sentencia apelada -que fue inhibitoria por similares razones a las que aquí se esgrimen - y se accedió a las súplicas de la demanda.

En esta oportunidad se observa que según el Estatuto General del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, contenido en el Decreto 1310 (30 de junio) de 1983, del Gobernador del Departamento de Antioquia, se tiene:

"Artículo 12. Son funciones del Consejo Superior las siguientes:
"....

"h. *Designar o remover a los Directores de Unidad.*

La designación de cada director se hará de terna presentada por el Rector. Dos de los integrantes de cada terna deben provenir de una lista de seis candidatos presentada por el Consejo de la respectiva Unidad» (Subrayas de la Sala).

El actor ocupaba el cargo de Director de Unidad de Tecnologías Administrativas y por esa razón - de acuerdo con la disposición transcrita - la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento por parte del Rector es ilegal, pues este funcionario no tenía competencia para hacerlo, sino el Consejo Superior.

La "ratificación" que de la insubsistencia hizo con posterioridad el Consejo Superior (folios 16-17) para convalidar con retroactividad la medida adoptada, carece de sustento legal y de eficacia.

Ni en los estatutos de la entidad ni en ninguna otra norma allegada al proceso o enunciada en la demanda aparece que una declaratoria de insubsistencia semejante estuviera sujeta a «convalidación o refrendación», ni simultánea ni posterior al acto de remoción de un jefe de Unidad. Nada de eso se lee en el Decreto 1310 de 1983, artículo 18, literal f), pues allí se habla es de las funciones del Rector y entre ellas no se encuentra la de nombrar y remover a los Directores de Unidad, atribución especial -como ya se vio - asignada al Consejo Superior.

No le asiste razón al apoderado de la entidad demandada cuando echa de menos no que se haya demandado el acto del Consejo Superior que convalidó y ratificó la declaratoria de insubsistencia del demandante.

Y no le asiste razón, porque aquí no existe acto complejo.

La resolución del Rector se produjo sin competencia para expedirla y mal podría perfeccionarse por otra autoridad, que es lo que ocurre con los Actos Complejos.

Si era incompetente el Rector, su actuación estaba viciada de nulidad y por tanto resultaba imposible su perfeccionamiento.

En síntesis, el acto acusado es contrario a derecho y debe anularse.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida el 1° de febrero de 1991 por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso iniciado por el señor José Orlando Zuluaga S.

En su lugar, se dispone:

1. Es nula la resolución 0370 (junio 29) de 1988 por medio de la cual el Rector del Instituto Politécnico Colombiano, declaró insubsistente el nombramiento del señor José Orlando Zuluaga Sánchez como Director de la Unidad de Tecnologías Administrativas de esa Entidad.

2. El Instituto Politécnico Colombiano «Jaime Izasa Cadavid» reintegrará al actor al cargo del cual fue removido o a uno de igual o superior categoría, debiendo cancelársele todas las sumas que se le adeuden desde la fecha del retiro hasta cuando sea efectivamente reintegrado, tanto a título de salarios como de prestaciones sociales.

3. El tiempo no laborado se tendrá como efectivamente trabajado para efecto de prestaciones sociales.

4. De las sumas a pagar se le descontarán los valores que haya percibido de parte de cualquier entidad oficial, conforme lo dispone el artículo 128 de la C.N.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origien. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de julio de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Aclara voto; *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA/DESTITUCION -Diferencias

El actor pretende que se equiparen los términos destitución e insubsistencia, lo cual no es jurídicamente posible, pues estas dos formas de cesación definitiva de funciones públicas, no tienen la misma connotación legal, por cuanto la primera, es una medida disciplinaria, más exactamente una sanción administrativa, la máxima aplicable a los servidores estatales, mientras que la insubsistencia, no tiene características sancionadoras ni disciplinarias, sino que es un mecanismo que tiene la administración para separar del servicio discrecionalmente, a los funcionarios de libre nombramiento y remoción o como resultado de evaluaciones negativas de su desempeño en tratándose de empleados escalafonados en carrera administrativa.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS/ACTOS/GOBERNADOR-Aprobación /BENEFICIENCIA DE CUNDINAMARCA/SINDICO GERENTE-Facultades/INSUBSISTENCIA

En el año de 1981 se dictó el Decreto 3329 en ejercicio de las facultades conferidas al gobernador por la ordenanza 10 del mismo año «por el cual se reestructura la administración pública departamental: en cuyos artículos 22 y 29 se dispusó que en los estatutos de los establecimientos públicos se determinarán los actos que por su importancia y cuantía requieran para su validez de la aprobación del gobernador y que los gerentes, síndicos o rectores de las entidades descentralizadas cumplirán las funciones que señalen las ordenanzas y sus estatutos y las demás que se relacionen con su organización y funcionamiento no atribuidos a otra autoridad, o sea que según este decreto, las funciones que tenía el síndico gerente son las contenidas en el Decreto 1357 de 1974, y en él no obra la limitación que alega el accionante.

DIRECTIVA PRESIDENCIAL-Límites/FACULTAD DISCRECIONAL.

Las directivas presidenciales deben acatarse como normas de conducta, pero que en ningún caso tienen el alcance y firmeza de una disposición legal, pues se trata de recomendaciones y orientaciones sobre determinados aspectos de manejo de personal que los gobiernos de los distintos órdenes consideran oportuno formular, pero que no pueden tener efecto para enervar la facultad discrecional de las autoridades administrativas, si como en el presente caso, ésta cuenta con el respaldo legal

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá D.C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas

Referencia. Expediente N° 5991. Autoridades departamentales. Actor: Alfonso Camelo Castro

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 12 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegatoria de las pretensiones de nulidad de la resolución número 0332 de 12 de marzo de 1984, expedida por el síndico Gerente de la Beneficiencia de Cundinamarca, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante, doctor Alfonso Camelo Castro, del cargo de Director de la División de Ingeniería y Mantenimiento, y de restablecimiento de los derechos supuestamente vulnerados con la expedición de dicha resolución.

LA SENTENCIA

Para fundamentar su decisión adversa a las pretensiones del demandante, arguyó el a-quo que los autos demuestran que el accionante era un funcionario público del orden departamental, no inscrito en carrera administrativa y, por ende, de libre nombramiento y remoción del Síndico Gerente, de conformidad con lo preceptuado en el literal d) del Artículo 6° del Decreto 1357 de 1974; que el acto impugnado no transgrede el Artículo 42 del Decreto 1440 de 15 de junio de 1973, ni el 17 del Decreto 2151 de 9 de septiembre de ese mismo año, por cuanto en ellos no se condiciona la validez de los actos administrativos declaratorios de insubsistencias de los nombramientos de los funcionarios de la Beneficencia de Cundinamarca a la aprobación del Gobierno Departamental, pues tal exigencia se establece únicamente para efectos de nombramiento y de destitución de ese personal y, en el sub lite, no se trata de la imposición de tal sanción disciplinaria al demandante, sino de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, figuras jurídicas diferentes e inconfundibles, ya que ésta «obedece a una facultad discrecional del nominador frente a empleados de remoción, es decir, los dicta en cualquier momento, obedeciendo siempre a las necesidades del servicio público, sin que se requiera de motivación alguna y

gozando de la presunción de legalidad. En cambio, "la destitución", es un acto reglado que obedece a un proceso disciplinario previo, en el cual se ha demostrado, la responsabilidad del funcionario frente a un hecho, circunstancia o actuación previamente calificada de mala conducta y que la ley sanciona con la destitución». (folio 143 y 144).

De igual manera, estimó el Tribunal que ni la Directiva Presidencial número 13 de 10 de noviembre de 1983, ni la Circular de la Gobernación de Cundinamarca, dictadas con ocasión del debate electoral de 1984, a efecto de preservar la imparcialidad política, no pueden derogar, ni suspender las normas legales de competencia conferidas a la autoridad nominadora para atender el servicio público, entre ellas la de remover, a través de la figura de la insubsistencia, a los funcionarios ordinarios

De suerte, dijo el fallador, que la impugnación formulada contra la resolución acusada, carece de fundamento jurídico, por lo que ha de concluirse «que la Administración dictó el acto que se ha controvertido en este juicio, ajustándose a la ley y a su competencia». (Folio 145).

EL RECURSO

Al sustentar la alzada y tomando como punto de referencia lo aseverado por el apoderado de la Beneficencia en la contestación de la demanda, en el sentido de que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento obedeció a que siendo Economista, no podía desempeñarse como Jefe de la División de Ingeniería y Mantenimiento, la parte actora alega que fue trasladado de la División de Bienes Inmuebles a aquella División, sin que mediara solicitud suya, por lo cual no pueden invocarse necesidades del servicio.

Y agrega el censor:

> «Basta observar que dicho traslado se efectuó en base a la Resolución N° 0241 del 24 de febrero de 1984, por la cual se reestructuró la planta de Personal de la Beneficencia de Cundinamarca, con fundamento en la Resolución número 01 del 30 de enero de 1984, en cuya reestructuración simplemente se cambió el nombre de División de Bienes Inmuebles por el de División de Ingeniería y Mantenimiento». (folio 148).

Igualmente insiste en que el sentido del Decreto Reorgánico de la Gobernación de Cundinamarca, es el «de que cualquier movimiento de personal ya sea nombramiento, insubsistencia, destitución o remoción debe ser con el Visto Bueno del Señor Gobernador. No puede tener ninguna otra interpretación ya que tal disposición buscaba era limitar las facultades de los Gerentes de Institutos para abusar indiscriminadamente de la facultad de nombrar y remover libremente a los funcionarios». (folio 148), y que esta interpretación debe darse «a la Directiva Presidencial cuando prohibió hacer cambios o remociones de los funcionarios públicos, en beneficio o perjuicio de los respectivos padrinos políticos». (folio 148).

CONCEPTO FISCAL

La Agencia del Ministerio Público en la vista reglamentaria, conceptúa favorablemente a la confirmación de la sentencia en virtud de que los Artículos 42 y 17 de los Decretos 1440 y 2153 de 1973, « sólo señalan la exigencia de la aprobación por parte del Gobierno Departamental en los casos de nombramientos o destituciones, más no hacen alusión para nada en tratándose de actos que declaran insubsistentes los nombramientos del personal que presta sus servicios a los Institutos Descentralizados del Departamento de Cundinamarca. Y no es que pueda entenderse que la aprobación en comentario deba aplicarse en las declaratorias de insubsistencias, pues, si así lo hubiera querido el legislador, lo hubiera plasmado en la norma. Bien sabido es que en Derecho Administrativo la analogía no es aplicable cuando existe norma expresa que regule la materia». (folio 163).

Y en lo concerniente a la infracción de la Directiva Presidencial a que se alude en la demanda , la colaboradora Fiscal anotó que: «resulta pertinente anotar que ha sido constante y reiterada la jurisprudencia de la honorable Sección Segunda, en el sentido de considerar que dicho cargo resulta inane, por cuanto la facultad de libre nombramiento y remoción no puede ser derogada por el Presidente de la República, mediante acto administrativo, en virtud de que está consagrada en la ley». (folio 164).

Se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La controversia planteada en el sub lite gira en torno a la legalidad de la Resolución número 0332 de 1984, expedida por el Síndico de la Beneficencia de Cundinamarca, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Jefe de la División de Ingeniería y Mantenimiento, acto que se impugna por haberse proferido sin la aprobación del Gobierno Departamental como lo exigían los Artículos 42 y 17 de los Decretos números 1440 y 2153 de 1973, e ignorando lo dispuesto en la Directiva Presidencial N° 13 de 1983 y en la Circular, sin fecha ni número, del Gobernador de Cundinamarca, sobre congelación de la composición que en ese momento tenían las nóminas oficiales, las cuales deberían permanecer inalterables hasta cuando se conociera el resultado de las elecciones efectuadas en 1984.

El Artículo 42 del Decreto 1440 de 1973, proferido por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó la ordenanza número 57 de 1972, mediante el cual se adoptó la estructura orgánica de la administración pública departamental, rezaba:

«De la creación de cargos.

La creación, supresión y fusión de cargos en los Establecimientos Públicos y en las Empresas Industriales y Comerciales del Departamento corresponderá al Gobernador de conformidad con el ordinal 9 del artículo 194 de la Constitución.

Así mismo, los nombramientos o destituciones deben ser aprobados por el Gobierno Departamental». (folio 92).

El artículo 17 del Decreto 2153, por el cual se introdujeron modificaciones y adiciones al Decreto 1440, repitió al precepto:

«El Artículo 42 del Decreto 1440 de 1973 quedará así:

De la creación de cargos.

La creación, supresión y fusión de cargos en los establecimientos públicos y en las Empresas Industriales y Comerciales del Departamento corresponderá al Gobernador de conformidad con el ordinal 9° del artículo 194 de la Constitución. Así mismo, los nombramientos o destituciones deben ser aprobados por el Gobierno Departamental. A partir de la vigencia de este Decreto, los trabajadores de Obras Públicas se vincularán por contratos que podrán ser a término fijo o por la naturaleza o duración de la obra. Los empleados de la Secretaría de Obras Públicas se designarán por nombramiento en la forma ordinaria. (Folio 76).

Estas disposiciones como lo dijo el Tribunal y la señora Fiscal claramente señalan que sólo en los casos de nombramiento y de destitución del personal de la entidad demandada, se requiere la aprobación del Gobierno Departamental.

El actor pretende que se equiparen los términos destitución e insubsistencia, lo cual no es jurídicamente posible, pues estas dos formas de cesación definitiva de funciones públicas, no tienen la misma connotación legal, por cuanto la primera, es una medida disciplinaria, más exactamente una sanción administrativa, la máxima aplicable a los servidores estatales, mientras que la insubsistencia, no tiene características sancionadoras ni disciplinarias, sino que es un mecanismo que tiene la administración para separar del servicio discrecionalmente, a los funcionarios de libre nombramiento y remoción o como resultado de evaluaciones negativas de su desempeño, en tratándose de empleados escalafonados en carrera administrativa.

Así las cosas, la insubsistencia para empleados no amparados por fuero, tienen como fundamento su propia condición de empleados de libre nombramiento y remoción, como sería el caso del demandante, quien, según su propia afirmación, obstenta tal condición.

En cambio; la destitución tanto para los funcionarios de libre nombramiento y remoción, como para los de carrera, apareja una censura.

En el sub lite los autos demuestran que la cesación de funciones públicas del demandante, se produjo mediante declaratoria de insubsistencia. Por consiguiente, no era necesario para declararla, contar con la aquiescencia del Gobierno Departamental, pues los estatutos aludidos no contemplan para ese efecto tal exigencia.

Pero además, observa la Sala que no es claro que los Decretos 1440 y 2153 se encontraren vigentes al momento de producirse el acto enjuiciado, toda vez que la limitación en las facultades del Síndico Gerente a que ellos se refieren no fue consagrada en el Decreto 1357 de 1974, por el cual se reorganizó la Beneficencia de Cundinamarca, y por el contrario en éste, en su artículo 6° literal a), se otorgó al Síndico Gerente la Facultad de «nombrar y remover personal, sin sujeción a aprobación alguna.

Por otra parte en el año 1981 se dictó el Decreto 3329, en ejercicio de las facultades conferidas al Gobernador por la Ordenanza 10 del mismo año «por el cual se reestructura la administración pública departamental» en cuyos artículos 22 y 29 se dispusó que en los estatutos de los establecimientos públicos se determinarán los actos que por su importancia y cuantía requieran para su validez de la aprobación del Gobernador y que los Gerentes, Síndicos o Rectores de las entidades descentralizadas cumplirán las funciones que señalen las ordenanzas y sus estatutos y las demás que se relacionen con su organización y funcionamiento no atribuídos a otra autoridad, o sea que según este Decreto, las funciones que tenía el Síndico Gerente son las contenidas en el Decreto 1357 de 1974, y en él no obra la limitación que alega el accionante.

En lo atinente a la posible violación de la Directiva Presidencial número 13 de 1983 y de la Circular sin fecha, ni número, de la Gobernación de Cundinamarca, expedida con ocasión de las justas electorales realizadas en el mes de marzo de 1984, la Corporación, de modo reiterado ha manifestado, que tales pronunciamientos deben acatarse como normas de conducta, pero que en ningún caso tienen el alcance y firmeza de una disposición legal, pues se trata de recomendaciones y orientaciones sobre determinados aspectos de manejo de personal que los gobiernos de los distintos órdenes consideran oportuno formular, pero que no pueden tener efecto para enervar la facultad discrecional de las autoridades administrativas, si como en el presente caso, ésta cuenta con respaldo legal.

Finalmente, la Sala considera oportuno anotar que no es posible entrar a analizar la tacha de inexistencia de los motivos de buen servicio que, en su sentir, tuvo la Beneficencia para removerlo del servicio, (su condición de economista), toda vez que no fue un cargo que se haya formulado en la demanda y sabido es que ésta es el marco dentro del cual debe decidir el juzgador.

Por las circunstancias analizadas, resulta improcedente el despacho favorable de las pretensiones del accionante, por lo cual la sentencia apelada denegatoria de ellas, debe confirmarse.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de doce (12) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por Alfonso Camelo Castro, contra la Beneficencia de Cundinamarca, a fin de obtener la nulidad de la Resolución número 0332 de 1984, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día veintidos (22) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, ausente, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO PRESUNTO/VIA GUBERNATIVA-Improcedencia/DEBIDO PROCESO/DERECHO DE DEFENSA

En tratándose de actos presuntos resultaría absurdo exigirle al peticionario "presumir" o "adivinar" la existencia de un recurso de apelación que tendría que resolver que resolver precisamente el funcionario al cual le ha dirigido su reclamación. Esta interpretación , por lo demás exageradamente formalista, atenta contra la lógica de lo razonable y convierte el agotamiento de la vía gubernativa en una verdadera aventura , en cuyo desarrollo núnca tendría certeza el particular para deducir que sí la agotó, o si por el contrario, tiene pendiente algún hipotético recurso. En opinión de la Sala este criterio vulnera el debido proceso y quebranta también el derecho de defensa.

PENSION DE JUBILACION- Reconocimiento/TIEMPO DE SERVICIOS/ TEXTO DIDACTICO/TEXTO DE ENSEÑANZA.

No pueden aplicársele a esas publicaciones los requisitos o condiciones señalados en el estatuto reglamentario traído a colación, sino los de las reglamentaciones existentes para la época de su edición, o cuando el demandante cumplió la edad pensionable, que están satisfechos con las probanzas allegadas por la parte actora. Y de otro lado, porque en sentencia del 19 de junio de 1975, esta misma sección con ponencia del Consejero Eduardo Aguilar Vélez, declaró la "nulidad del art. 4° del Decreto Reglamentario 753 de1974",y en sentencia del 15 de marzo de 1979, con ponencia del consejero Dr. Alvaro Orejuela Gómez, declaró la "la nulidad de los ordinales (sic) c) y d) del articulo 3° del Decreto Reglamentario número 753 del 30 de Abril de 1974, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual «se reglamenta el inciso 2° el art. 3° (sic) de la ley 50 de 1885". (La sala advierte que en realidad se trata del articulo 13 de la ley 50 de 1886 y no del 3°). O sea que hoy

no existen restricciones de ninguna clase en cuanto al número de libros didácticos que pueden utilizarse para suplir el tiempo de servicios al Estado, ni respecto de la cantidad de páginas y tamaño que tengan los mismos, siempre y cuando esté plenamente demostrado su carácter de "texto de enseñanza".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda -Santafé de Bogotá, D.C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora

Referencia: Expediente Nº 6321. Autoridades Nacionales. Actor: Maximiliano Olaya Restrepo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 12 de julio de 1991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección «B» , para denegar las pretensiones formuladas por Maximiliano Olaya Restrepo sobre el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por la Caja Nacional de Previsión Social.

DEMANDA

En el escrito de demanda (Fls, 5-10), se pidió que se declarara la existencia del fenómeno del silencio administrativo frente a la petición formulada por el actor el 8 de abril de 1987, y como consecuencia de ello, la declaración de que la Caja Nacional de Previsión Social está obligada a reconocer y pagar la pensión de jubilación que le corresponde por servicios prestados a distintas entidades oficiales.

Como hechos que sustentan la acción se dice en la demanda que el Dr. Maximiliano Olaya Restrepo prestó servicios al Ministerio de Defensa Nacional, a la Policía Nacional, al Hospital Universitario "Ramón González Valencia" de Bucaramanga, a la Universidad Nacional de Colombia, y además, que es el autor de una obra científica utilizada como texto de estudio en esta última, con lo cual tiene más de veinte (20) años de servicios al Estado; así mismo, que se encuentra retirado de la función pública y contaba para la fecha de la presentación de la demanda con 68 años de edad. Cabe anotar que en el expediente reposan las constancias exigidas por la ley 50 de 1886, según las cuales el actor es autor de dos obras científicas , que sirvieron como textos de enseñanza en la facultad de Medicina de la Universidad Nacional.

CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Caja Nacional de Previsión Social se constituyó en parte y a través de apoderada judicial propuso como excepción la circunstancia de que no había operado el silencio administrativo frente a «los recursos interpuestos», justamente porque el peticionario no los había propuesto.

LA SENTENCIA APELADA:

El a-quo declaró probada la excepción de falta de competencia y como consecuencia de ello, se declaró inhibido para decidir en el fondo.

EL RECURSO:

El recurrente estima que la decisión de primer grado es equivocada, en cuanto considera que la exigencia del recurso de apelación a que se refiere dicha sentencia no tiene asidero legal, sino que se trata de una creación jurisprudencial, discutible y que atenta contra el derecho sustancial. Por tanto, pide que se revoque y en su lugar se resuelva la litis conforme a los procedimientos de la demanda.

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a desatar el recurso de alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El escrito de agotamiento de la vía gubernativa (Fls. 2-4), está dirigido al señor Director de la Caja Nacional de Previsión, si bien es cierto que su encabezamiento se agrega «Sección de Pensiones».

Es sabido que el Director de dicha entidad es el jefe del organismo y por consiguiente, que sus decisiones no tienen -por regla general-, cuestionamiento distinto que el del recurso de reposición, por manera que administrativamente no tiene superior jerárquico.

En ese orden de ideas, son inexactos los razonamientos que hace el a-quo para concluir que esta clase de peticiones deben ser resueltas inicialmente por un funcionario de inferior categoría, cuyas decisiones tienen recurso de reposición -ante su propio despacho- y el de apelación -ante el propio Director-.

Ciertamente, en tratándose de actos presuntos resultaría absurdo exigirle al peticionario «presumir» o « adivinar» la existencia de un recurso de apelación que tendría que resolver precisamente el funcionario al cual le ha dirigido su reclamación. Esta interpretación, por lo demás exageradamente formalista, atenta contra la lógica de lo razonable y convierte el agotamiento de la vía gubernativa en una verdadera aventura, en cuyo desarrollo núnca tendría certeza el particular para deducir que si la agotó, o si por el contrario, tiene pendiente algún hipotético recurso. En opinión de la Sala este criterio vulnera el debido proceso y quebranta también el derecho de defensa.

Por ello, habrá de revocarse la decisión del Tribunal respecto de esta materia.

En lo que hace con el derecho reclamado, la Sala observa que como lo planteó el Fiscal 7°. ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su concepto de

fondo (Fls. 73-75), no es posible tomar en cuenta como tiempos de servicios separados y autónomos, los que simultáneamente se prestaron en entidades diferentes. Por consiguiente, según la liquidación hecha por dicho Agente del Ministerio Público, que la Sala se encuentra acorde con la realidad probatoria, el tiempo de servicios del demandante con el Estado asciende a 16 Años, 8 meses y 3 días.

Sin embargo, como el actor se sustenta en lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 50 de 1886, en el sentido de que «La producción de un texto de Enseñanza que tenga la aprobación de dos Instituciones o Profesores, lo mismo que la publicación durante un año de un periódico exclusivamente pedagógico o didáctico, siempre que en ninguno de los dos casos el autor o editor haya recibido al efecto auxilio del Tesoro público, equivaldrán respectivamente a dos años de servicios prestados a la Instrucción pública.», la Sala observa que en el expediente figuran dos (2) constancias (Fls. 44-45) -tomadas a su vez de los antecedentes administrativos que reposan en la Caja Nacional de Previsión Social-, que se acomodan a estas previsiones y que demuestran que el Doctor Maximiliano Olaya Restrepo es autor de dos obras que cumplen con los requisitos de la ley mencionada, a saber, el libro cuyo titulo es «Biografía de Gregorio Marañón», y de igual manera, el se intitula «Páginas Médicas» (en tres (3) volúmenes), que se emplearon como textos guías en la facultad de medicina de la Universidad Nacional de Colombia. Esto es, que por este aspecto , puede el actor invocar cuatro (4) años de servicios -dos (2) por cada libro-, con lo cual completaría con creces los veinte (20) exigidos para optar la pensión ordinaria de jubilación.

En efecto, no obstante que la Caja Nacional de Previsión Social ha planteado reiteradamente que el primer texto no satisface las exigencias del articulo 3° del Decreto Reglamentario N° 753 de 1974, la sala estima indispensable precisar por qué dicha apreciación no se ajusta a la realidad normativa sobre la materia y, en consecuencia, la razón por la que las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad.

Ciertamente, de los hechos aducidos en la demanda y en los alegatos posteriores se desprende que las obras en comento fueron publicadas en el lapso comprendido entre 1944 y 1947; de otro lado, el actor completó el requisito de edad necesaria para disfrutar de la pensión el 21 de enero de 1969; es decir, que no pueden aplicarse a esas publicaciones los requisitos o condiciones señalados en el estatuto reglamentario traído a colación, sino los de las reglamentaciones existentes para la época de su edición, o cuando el demandante cumplió la edad pensionable, que están satisfechos con las probanzas allegadas por la parte actora. Y de otro lado, porque la sentencia del 19 de Junio de 1975 , esta misma sección, con la ponencia del Consejero Dr. Eduardo Aguilar Vélez declaró la «nulidad del articulo 4° del Decreto Reglamentario 753 de 1974» , y en sentencia del 15 de marzo de 1979, con ponencia del Consejero Dr. Alvaro Orjuela Gómez, declaró «la nulidad de los ordinales (sic) c) y d) del articulo 3° del Decreto Reglamentario número 753 del 30 de abril de 1974, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual «se reglamenta el inciso 2° el articulo 3°ic) de la ley 50 de 1886» (la Sala advierte que en realidad se trata del articulo 13 de la ley 50 de 1886 y no del 3°)..

O sea, que hoy no existen restricciones de ninguna clase en cuanto al número de libros didácticos que pueden utilizarse para suplir el tiempo de servicios al Estado, ni respecto de la cantidad de páginas y tamaño que tengan los mismos, siempre y cuando esté plenamente demostrado su carácter de «texto de enseñanza».

En ese orden de ideas , es incuestionable que el actor tiene derecho a que se le contabilicen los dos (2) años de que trata la ley 50 de 1886 por cada libro, o sea, un total de cuatro (4) años por los dos (2) que aparecen probados en el expediente como de su autoría, por manera que su tiempo total de servicios al Estado resulta ser veinte (20) años, ocho (8) meses y tres (3) días.

Ahora bien, como la pensión solamente le fue reclamada a la entidad demandada el 8 de abril 1987, es obvio que la prescripción únicamente se interrumpió en esa fecha y esto pone a salvo las mesadas de los tres (3) años anteriores , o sea, las causadas a partir del 8 de abril de 1984; las anteriores, como lo prevé la ley, están prescritas. Y en cuanto al monto, tal como se pidió en el escrito de agotamiento de la vía gubernativa y en la demanda, será el equivalente al salario mínimo legal mensual, como lo dispuso la ley 4a de 1976 y lo han ratificado las disposiciones posteriores sobre la materia.

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

FALLA:

Primero.- Revócase la sentencia del 12 de julio de 1991 por el tribunal administrativo de Cundinamarca, Sección segunda, Subsección «B», mediante la cual declaró probada la expedición de falta de competencia y se declaró inhibido para decidir de fondo.

Segundo.- En su lugar , condénase a la Caja Nacional de Previsión Social a reconocerle y pagarle al Doctor Maximiliano Olaya Restrepo, con C. de C. No. 2'023.780 expedida en Bucaramanga, una pensión mensual vitalicia de jubilación , con efectividad a partir del 8 de Abril de 1.984, en cuanta de $11.298.00 moneda corriente, monto del salario mínimo legal mensual vigente para la época, que deberá se reajustada conforme a los aumentos del salario mínimo legal mensual para los años posteriores, o a los que posteriormente disponga la ley.

Tercero.- De tales sumas deberán descontarse las que el Doctor Olaya Restrepo haya recibido del tesoro Público durante el mismo período, por concepto de sueldos o prestaciones derivadas de servicios prestados a entidades oficiales, que sean incompatibles con dicha pensión.

Cuarto.- La Caja Nacional de Previsión Social deberá dar cumplimiento a esta providencia en los términos previstos en los artículos 176 y siguientes del C. C. A.

Cópiese, notifiquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 15 de julio de 1983.

Diego Younes Moreno, Presidente, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EXP.NO 6321.- AUTORIDADES NACIONALES.- ACTOR: MAXIMILIANO OLAYA RESTREPO.-

DESPIDO MASIVO/ALCALDE- Prohibiciones/ TESORERO MUNICIPAL/ INSUBSISTENCIA

Si bien es cierto está prohibido a los Alcaldes despedir masivamente los servidores del Municipio, cada acto de remoción debe ser analizado frente a normas que lo gobiernan pues a pesar de producirse un número considerable de insubsistencias en un determinado lapso de tiempo, esas decisiones pueden estar ajustadas a la ley. De conformidad con el artículo 24 de la ley 78 de 1986, corresponde a los Alcaldes nombrar y remover libremente a los Tesoreros Municipales . Esta facultad puede ejercerla en cualquier tiempo, siempre que considere que ello es indispensable para los fines del buen servicio y para la buena marcha de la Administración.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N° 7718 Asuntos Municipales Actor: Luis Arnoldo Blanco Rojas

En grado de consulta ha venido a la Sección Segunda de esta Corporación la sentencia proferida el 15 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

ANTECEDENTES:

El Señor Luis Arnoldo Blanco Rojas por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho solicitó al Tribunal hacer las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.- Que nulo el Decreto 030 del 2 de agosto de 1989 emanado de la Alcaldía Municipal del Municipio de Salázar de las Palmas, mediante el cual se declaró insubsistente al Señor LUIS ARNOLDO BLANCO ROJAS ,quien se desempeñaba en el cargo de Tesorero Municipal del Municipio de Salázar de las Palmas y se nombró en su remplazo al señor, MIGUEL ANGEL LEAL PEREZ.

SEGUNDA-. Que ha consecuencia de la nulidad anterior se condene al MUNICIPIO DE SALAZAR DE LAS PALMAS a reconocer y pagar al Señor LUIS ARNOLDO BLANCO ROJAS, los salarios y prestaciones sociales que correspondan o lleguen a corresponder al cargo del TESORERO DEL MUNICIPIO DE SALAZAR DE LAS PALMAS, desde la fecha de su desvinculación y hasta el día que , en cumplimiento de la sentencia sea reintegrado a la administración Municipal del Municipio de Salazar de la PALMAS.

TERCERA-. Que se condene al Municipio de Salazar de las Palmas a reintegrar a su cargo de TESORERO MUNICIPAL DE SALAZAR DE LAS PALMAS o a otro de igual o superior jerarquía, al señor LUIS ARNOLDO BLANCO ROJAS;

CUARTA-. Que se condene al Municipio de Salazar de las Palmas a tener como efectivamente prestado a su servicio para todos los efectos legales por parte del señor LUIS ARNOLDO BLANCO ROJAS, el tiempo comprendido entre su desvinculación y el día que sea reintegrado a la Administración Municipal;

QUINTA-. Que se le condene al MUNICIPIO DE SALAZAR DE LAS PALMAS a dar cumplimiento a la sentencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la comunicación de la misma conforme a lo prescrito por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.»

Su alegato se basa fundamentalmente en que el acto acusado se expidió con abuso o desviación de poder por parte del Señor Alcalde de Salazar de las Palmas, lo cual se evidencia en la "desvinculación masiva de funcionarios" pues todos ellos pertenecen a un grupo político distinto al de aquel, de manera que su retiro del servicio como el de aquellos está dirigido por fines burocráticos y partidistas con lo cual se transgredieron los artículos 17 de la Constitución Nacional, 1 y 3 de la ley 13 de 1972, y los parágrafos 1 y 2 del artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, así como el literal c) de la Ley 78 de 1986.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal encontró que podía configurarse una indebida acumulación de pretensiones por cuanto se solicita la nulidad del acto de insubsistencia del demandante y del nombramiento de su reemplazo . Pero considera que ello no impide fallo de fondo y que el proceder correcto consiste en declararse inhibida la Corporación en

cuanto al acto de nombramiento del señor Miguel Angel Leal Pérez como Tesorero del Municipio de Salazar de las Palmas y conocer en el fondo del acto de declaratoria de insubsistencia acusado. Cita el Tribunal jurisprudencia del Consejo de Estado que estima aplicable al caso.

Considera el tribunal al respecto, que la sentencia debe ser favorable tras considerar que el cargo que está debidamente demostrado y del cual se deriva la ilegalidad del acto es el "despido masivo", pues la insubsistencia decretada de casi un 40% del total de la planta de empleados en un brevísimo lapso, "en manera alguna tuvo como fin buscar el mejoramiento del servicio" y es un hecho que encuadra en el literal c) del artículo 11 de la Ley 78 de 1986 (fl. 66).Por el contrario, no encuentra probado el cargo de haber proferido el acto con « fines burocráticos y partidistas» planteado por el actor ya que el respaldo probatorio, cual es la declaración testimonial del señor Luis Francisco Cárdenas Mantilla, es tenida como sospechosa por el Tribunal.

EL CONCEPTO FISCAL

El Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación solicita se confirme la sentencia consultada dado que en su concepto es acertado el planteamiento del Tribunal en punto a la ilegalidad del acto acusado por el vicio de "desvinculación masiva", aún cuanto sostiene que la calificación de sospechoso que se da al testimonio del señor Luis Francisco Cárdenas Mantilla, no era procedente como quiera que no se cumplió con procedimiento para ello, por lo cual dicha prueba goza de toda credibilidad.

En el análisis que de ésta hace, encuentra que constituye un indicio de la "desviación de poder" que aún cuando no es suficiente sí da apoyo a la desviación masiva, para estructurar la nulidad solicitada.

CONSIDERACIONES:

Ha sido abundante y reiterada la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que la facultad de libre nombramiento y remoción no puede ejercerse en forma arbitraria y que debe estar siempre orientada al mejoramiento del servicio, lo cual se presume mientras no haya pruebas suficientes que demuestren lo contrario.

En el caso de autos, el Tribunal no encontró probada desviación de poder consistente en haber tenido en cuenta para la remoción cuestionada, no el fin del buen servicio sino motivos político partidistas. Y precisamente el actor invoca los despidos masivos, en orden a demostrar esa desviación de poder.

Resulta entonces contradictoria la decisión del a-quo, que convirtió en causal de anulación de un acto administrativo la figura del despido masivo, que contempla la Ley 78 de 1986 y la coloca entre la prohibiciones al regular la conducta de los alcaldes, sin analizar por qué razón este despido, en particular, es decir, el Tesorero

Municipal, estaba afectado de nulidad, ya que se comprobó la desviación de poder.

Si bien es cierto está prohibido a los Alcaldes despedir masivamente los servidores del Municipio, cada acto de remoción debe ser analizado frente a las normas que lo gobiernan pues a pesar de producirse un número considerable de insubsistencias en un determinado lapso de tiempo, esas decisiones pueden estar ajustadas a la ley.

De conformidad con el articulo 24 de la Ley 78 de 1986, corresponde a los alcaldes nombrar y remover libremente a los Tesoreros Municipales.

Esa facultad puede ejercerla en cualquier tiempo, siempre que considere que ello es indispensable para los fines del buen servicio y para la buena marcha de la Administración.

Si dentro de este proceso no se han establecido, como lo afirma el Tribunal, esos motivos ocultos y contrarios a la ley, el ejercicio de la facultad conferida al Alcalde por el Artículo 24 citado es legítimo, independientemente de que se hubieran producido 9 insubsistencias en un corto lapso de tiempo.

Es normal que el mandatario seccional, si la ley lo autoriza, escoja el personal con el cual quiere trabajar, sobre todo en cargos de dirección y confianza como lo es el de Tesorero Municipal.

Aspecto diferente será el de comprobarse ante la autoridad competente para vigilar la conducta de los alcaldes, la infracción al artículo 11 de la Ley 78 de 1986, lo cual podría dar lugar a sanciones disciplinarias mas no a la nulidad automática de los actos de insubsistencia.

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

FALLA:

Revócase la sentencia proferida el 15 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dentro del proceso iniciado por Luis Arnoldo Blanco Rojas.

En su lugar ,niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifiquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 29 de julio de 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.

DEROGATORIA DEL ACTO-Efectos/DECAIMIENTO DEL ACTO/ SUSTRACCION DE MATERIA

Entre la derogatoria y la declaratoria de nulidad de un acto existen sus diferencias por sus efectos en el tiempo, mientras que en la primera éstas tienen su proyección hacia el futuro (*EX-NUNC*),en la segunda, esos efectos se proyectan hacia el pasado, es decir, desde la génesis del acto (*EX- TUNC*), pero en uno y otro evento siempre bajo la premisa de la existencia jurídica del acto. Es difícil concebir la presunción de legalidad y su prolongación en el tiempo de un acto que jurídicamente ha dejado de existir ,pues, esa presunción está tan íntimamente ligada al acto, que al desaparecer éste del campo jurídico desaparece al unísono la presunción, la cual es imposible que exista por sí sola, lo que no deja de ser una simple ficción.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sala de decisión.*Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N° 7991 Decretos del Gobierno Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte

Procede la Sala de Decisión de desatar el recurso ordinario de súplica interpuesto por el accionante contra el auto de 29 de abril de 1993 (fls. 16 a 19) mediante la cual se inadmitió la demanda.

Se arguye en el auto suplicado, del cual fue ponente la magistrada, doctora Clara Forero de Castro, que el doctor Luis Carlos Sáchica, quien actúa en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita se anulen los artículos 14 y 15 del decreto 921 de 2 de junio de 1992, « Por el

cual se fijan sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerios de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardia Marina, Pilotines, Grumetes y Soldados, y se dictan otras disposiciones en materia salarial.".

Pero ocurre que, se dice en la providencia suplicada, y como asimismo se afirma en el libelo de la demanda, dicho decreto fue expresamente derogado por el articulo 35 del Decreto N° 25 de 7 de enero de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 40711 de la misma fecha. Es decir, que cuando presentó la demanda el 2 de marzo de 1993, ya habían desaparecido las disposiciones acusadas de la vida jurídica.

Y, que si bien es cierto, que la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, plasmada en la providencia de 14 de enero de 1991 (Expediente S-157), a la cual se remite el accionante en la demanda, hace distinción entre el concepto de vigencia de una disposición y la legalidad de la misma, cuando se afirma: "... su derogatoria expresada o tácita no impide la proyección en el tiempo y espacio, de los efectos que haya generado, ni la presunción de legalidad que la cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia..", es posible un pronunciamiento de fondo a pesar de su derogatoria.

Pero, que pese a ello, es necesario aclarar que esta tesis que continúa siendo válida, sólo es aplicable en casos en que se demanda una acto administrativo vigente, que después y antes de pronunciarse la correspondiente sentencia, es derogado expresa o tácitamente, sin que sea válido invocarla para acusar en acción pública de nulidad un acto que ha desaparecido de la vida jurídica, ya que es presupuesto indispensable que el acto exista jurídicamente al momento de presentación de la demanda, que de lo contrario habría sustracción de la materia, que es el fenómeno que precisamente se presenta con la demanda instaurada en este asunto, al haber sido derogadas con anterioridad a su presentación las normas impugnadas, para terminar inadmitiendo la demanda, no sin antes hacer hincapié, en que la extensión ilimitada del alcance de la jurisprudencia en comentario conduciría al absurdo de admitir demandas contra cualquier acto administrativo a pesar de haber perdido éste su vigencia muchos años antes.

En el escrito de sustentación del recurso de súplica el accionante se remite a la jurisprudencia del Consejo de Estado en el cual se ha sostenido como la cuestión de la validez de los actos administrativos de carácter general es separable de la de su vigencia, en donde el juez de la legalidad puede decidir sobre la primera, a pesar de que aquéllos hayan sido derogados. Y que la base de esa jurisprudencia es que sólo así se puede evitar que en ciertos casos la derogatoria se convierta en una coartada que impida hacer efectivo el control de legalidad que se puede conducir a la revocatoria de las situaciones jurídicas individuales originadas en la aplicación de los actos derogados con violación de derechos subjetivos, ya que la derogatoria sólo acarrea la pérdida de la vigencia, sin que pierdan la presunción de legalidad, lo que necesariamente exige el correctivo de la anulación judicial.

Y ese es el sentido de ese correctivo de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no sea la eludida, sin importar si la derogatoria haya sido anterior o posterior a la demanda. En todo caso, se estaría decidiendo sobre actos que ya no están vigentes. Y esto no quiere decir que se abra la posibilidad de que se puedan demandar todos y cualesquiera actos administrativos , así hayan perdido su vigencia, porque es obvio que sólo procedería la demanda cuando la sola derogatoria expresa y tácita de los actos administrativos no impida la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que hayan generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende igualmente a los actos de contenido particular que se hayan expedido, los cuales no sería posible controvertir originados de los actos derogados.

Termina el accionante la sustentación del recurso de súplica con el argumento de que la congruencia exige la admisión de la demanda, puesto que en tales circunstancias no se puede en rigor afirmar que haya sustracción de materia, en tanto que el acto demandado produjo y sigue produciendo efectos ilegales, como si estuviera vigente, efectos que no pueden ser impedidos sino mediante otra vía que la judicial.

En escritos visibles de folios 23 a 24 y 26 a 32, la doctora María Carolina Rodríguez Ruiz se hace parte como coadyuvante o interviniente adhesivo, en razón de lo cual se le tendrá como tal.

SE CONSIDERA:

La acción incoada está dirigida a que se declare la nulidad de los artículos 14 y 15 del decreto 921 de 2 de junio de 1992.

Está establecido que dicho decreto fue expresamente derogado por el artículo 35 del decreto 025 de 7 de enero de 1993 y, por lo mismo, dejó de tener existencia jurídica.

Así las cosas, se pregunta la Sala será posible decretar la nulidad de un acto administrativo que ya no existe?

Ese pronunciamiento debe estar condicionado a la existencia previa del acto, en el momento de la presentación de la demanda.

Es cierto, que entre la derogatoria y la declaratoria de nulidad de un acto existen sus diferencias por sus efectos en el tiempo, mientras que en la primera éstas tienen su proyección hacia el futuro (*EX-NUNC*), en la segunda, esos efectos se proyectan hacia el pasado , es decir, desde la génesis del acto (*EX-TUNC*),pero en uno y otro evento siempre bajo la premisa de la existencia jurídica del acto.

Es difícil concebir la presunción de legalidad y su prolongación en el tiempo de un acto que jurídicamente ha dejado de existir, pues, esa presunción está tan íntimamente ligada al acto, que al desaparecer éste del campo jurídico desaparece al uní-

sono la presunción, la cual es imposible que exista por sí sola, lo que no deja de ser una simple ficción.

Ahora bien, si durante la vigencia del acto de contenido general, y con base en el mismo, se han generado actos de carácter particular, no pueden éstos escapar del control jurisdiccional por el simple hecho de que no se haya declarado la ilegalidad del acto contenido general, a pesar de su derogatoria, puesto que la declaratoria de ilegalidad de éstos últimos no debe estar condicionada a la declaratoria de ilegalidad del primero.

La razón de ser de la acción de nulidad, que no es otra, que la protección del orden jurídico, que cuando éste es quebrantado por un acto, que posteriormente la misma administración lo deroga, no ve la Sala, pese a ello, la necesidad de admitir la demanda contra el mismo si ya no existe, puesto que ese quebranto cesa automáticamente al desaparecer el acto de la vida jurídica, quebrantando que en tales circunstancias no puede tener una prolongación en el tiempo. Pues ha sido tesis doctrinaria de que cuando se impugna un acto administrativo por la violación de la ley, en donde debe confrontarse el acto impugnado con el ordenamiento jurídico superior que lo fundamenta o le sirve de causa, debe partirse del supuesto de la vigencia de ambos extremos al momento de presentarse a la demanda.

Así las cosas, la Sala se identifica con el auto suplicado en el sentido de que en el presente caso se da el fenómeno de sustracción de materia en razón de lo cual lo confirmará.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda, del Consejo de Estado, en la Sala de Decisión.

RESUELVE:

1- Confírmase el auto suplicado.

2- Tiénese a la Doctora María Carolina Rodríguez Ruíz como coadyudante en el presente asunto.

Cópiese, notifiquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA/REVOCATORIA DE NOMBRAMIENTO-Diferencias-

La declaración de insubsistencia es una figura autónoma del derecho público que pone término a la relación legal y reglamentaria del empleado con la administración, cuyo origen regulación y efectos son bastante diferentes a los de la revocación directa, que se rige por normas y principios igualmente propios e independientes.

DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO-Improcedencia/**PERSONAL DOCENTE/HORARIO DE TRABAJO/ DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO/ PROFESIONAL UNIVERSITARIO/ INSUBSISTENCIA.**

Si bien en el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1713 de 1960 se da una definición de HORARIO NORMAL DE TRABAJO, ello implica que la expresión "PROFESORADO DE TIEMPO COMPLETO", utilizada en que en el literal a) del mismo artículo 1° cambie su significado, es decir, el que se le atribuyen las normas legales sobre la materia, y quede sin efecto la prohibición allí establecida si los dos tiempos completos tienen una jornada de trabajo inferior a 8 horas cada uno.

El literal a) del artículo 1° del Decreto 1713/60 que consagra a favor de los docentes una excepción a la prohibición constitucional de percibir dos asignaciones, en forma expresa excluye tal posibilidad cuando "se trate de profesorado de tiempo completo". Nótese que la prohibición está establecida respecto a la percepción de " más de una asignación" ; vale decir que lo que el Constituyente quiso prohibir fue la percepción de dos o más remuneraciones con prescindencia de que ellas correspondan a jornadas inferiores a ocho horas, si se trata de empleos de tiempo completo y se devenga la remuneración correspondiente a tal dedicación. El horario normal de trabajo de 8 horas, tiene que ver, tratándose de docentes , con aquellos que, teniendo un cargo de tiem-

po completo se desempeñan, por ejemplo como profesores de cátedra, obviamente por fuera del horario normal de trabajo ; pues el caso de los dos tiempos completos, tienen la regulación expresada y debe aplicarse ésta , no la que se refiere a profesionales con titulo universitario. Es incuestionable entonces, 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.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa fé de Bogotá D.C. agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente N° 5473. Autoridades Nacionales. Actor: Fabio de Jesús Osorio Valencia

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por FABIO DE JESUS OSORIO VALENCIA contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 5 de Octubre de 1990, por medio de la cual se le negaron entre otras peticiones la de nulidad de la Resolución rectoral 0223 del 20 de febrero de 1989 de la Universidad de aquel departamento, que declaró insubsistente su nombramiento como profesor de tiempo completo adscrito al Liceo Antioqueño y el reintegro y pago de los haberes dejados de percibir.

En los hechos de la demanda relató el actor su ingreso en 1974 a la Universidad como profesor de cátedra en el Liceo Antioqeño, y que posteriormente, el 28 de Abril de 1976, se le nombró como profesor de tiempo completo; que su jornada de trabajo inferior a 8 horas le permitía desempeñarse en otro cargo como profesor de tiempo completo, en horario distinto; que el demandante es un profesor escalafonado por la Junta Seccional respectiva, en el grado 11; que no ha existido ni existe en su contra proceso disciplinario alguno, lo cual significa que gozaba de la estabilidad e inamovilidad relativa que le confiere el escalafón docente, pues no podía ser retirado del cargo sin una causa legítima y previa observancia de los procedimientos que para el efecto contempla la ley; que no obstante lo anterior, el Consejo Superior le envió al accionante una orden perentoria de renunciar a su cargo, si no lo hacía del que se encontraba desempeñando en otra entidad oficial, con fundamento en el decreto 329 de 1981, que la Corta Suprema de Justicia declaró inexequible, en sentencia del 24 de septiembre de 1981; que el actor y los demás profesores a quienes se le solicitó la renuncia, hubieran podido guardar silencio ante tan insólita extralimitación de funciones, pero prefirieron colaborar explicando las razones jurídicas que les asistía para pedir e insistir en la revocación de esa orden ilegal critica el actor el contenido de la decisión de la demanda en los hechos 10 y 11; que la amenaza ilegal se cumplió y en consecuencia se le comunicó que había sido declarado insubsistente su nombramien

to, por medio de la Resolución rectoral 0223 de 20 de febrero de 1989, la cual está falsamente motivada, pues allí se anota que el actor ingresó al Liceo antioqueño como profesor de tiempo completo cuando realmente lo hizo como profesor de la cátedra y después recibió ascenso a profesor con aquella dedicación; que se ignoró en esa decisión de la jornada asignada a los docentes del mencionado Liceo se desarrolla entre las 6:45 de la mañana y las 12:45 en la tarde, que es la misma jornada del estudiante, horario que le permitía ejercer en forma regular otro cargo docente en las horas de la tarde; que el acto acusado fue expedido como represalia contra el actor por haber resistido la presión que se le hizo para que renunciara a su cargo; que la voluntad sancionadora que refleja el acto desvinculatorio y sus motivaciones, denotan que se trata de un acto de destitución, proferido sin el debido proceso previo contra un docente escalafonado.

En el capítulo de las normas violadas y concepto de violación se invocaron los artículos 20 y 26 de la Constitución Política de 1886, 7° del Decreto 2277 de 1979 (fls 36), 28, 29, 31, 36 literal h), ibídem, 8° de la Ley 43 de 1945, 6°. y 8° del Decreto 2480 de 1986 y 1° y su parágrafo del Decreto 1713 de 1960.

El concepto de la violación aparece expuesto a los folios 24 a 40, planteándose la transgresión del artículo 1° el Decreto 1713 de 1960 al haber pretendido excluirlo de la excepción consagrada en ese ordenamiento en favor de los docentes que cumplen una jornada inferior a 8 horas diarias, no obstante que, como lo sostenido en el Consejo de Estado, el parágrafo del artículo 1° mencionado, en relación con los literales a) y b) del mismo artículo, identifica los conceptos de "tiempo completo" que el artículo 7° Decreto Extraordinario 2277 de 1979 se violó al haberse arrogado la administración de la Universidad demandada la atribución de adicionar las causales conforme a las cuales debe la entidad nominadora declarar la insubsistencia de un nombramiento. Después de transcribir la norma, expone la demanda que dicho ordenamiento consagra los únicos casos en que puede y debe la autoridad nominadora proferir la insubsistenica de un nombramiento y basta leer los artículos 5° y 6°, del Decreto 2277 de 1979 para captar, prima facie, que ninguno de los considerados de la resolución acusada encaja en las "estipulaciones" de los citados artículos 5°. y 6°, que si la administración pretende que el ingreso del actor se hallaba viciado de nulidad, ha debido intentar la acción correspondiente ante esta jurisdicción y no erigirse en juez y parte; que esta era la única acción que podía intentar.

LA SENTENCIA APELADA: Después de analizar la compatibilidad de las asignaciones de los docentes desde la Ley 78 de 1931, con fundamento en concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado y en sentencia Sala de esta del 11 de marzo de 1980, pero sin el estudio de la presunta violación del artículo 7° del Decreto 2277 de 1979, negó las peticiones de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO: en su concepto de fondo opinó que estaba demostrada la doble vinculación del demandante como profesor de tiempo completo y que, como consecuencia, el último centro docente al que fue vinculado estaba en obligación legal de poner término a dicha situación anómala declarando insubsistente el nombramiento "...so pena de incurrir en causal de mala conducta" (artículo 7° del

Decreto 85 del 23 de enero de 1980 (sic) por el cual se introducen unas modificaciones al Decreto Extraordinario 2277 de 1979").

Para resolver considera:

Está demostrado que el demandante ingresó, como docente, al colegio Santa Rosa de Lima el 9 de marzo de 1971, (folio 61) y que su vinculación, para la fecha de expedición del acto demandado, era de tiempo completo.

El artículo 1° del Decreto 1713 de 1960, consagró como excepciones para poder percibir más de una asignación del tesoro público, entre otras,

"a) Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo;

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 mencionado artículo 1°.

"Para los efectos previstos en los ordinales a y b del presente decreto, se entiende por horario normal de trabajo la jornada de (8) horas".

El demandante, tanto como el aludido colegio Santa Rosa de Lima, como el Liceo antioqueño, del cual fue desvinculado por el acto acusado está vinculado como profesor de tiempo completo (fls. 8 y 61), circunstancias que en momento algún discute el actor; solamente discrepa en relación con la dedicación que tuvo inicialmente en el aludido Liceo, lo cual es intranscendente, pues lo cierto es que era docente de tiempo completo en ambos planteles cuando se expidió el acto demandado.

Para la sala es incuestionable que la prohibición de percibir dos asignaciones del Tesoro Público, establecida inicialmente en el artículo 64 de la Constitución de 1886 y consagrada en el actual artículo 124 de la Carta de 1991 , tiene como finalidad no sólo la adecuada y eficiente prestación del servicio a cargo del empleado oficial, atendiendo a una racional distribución del tiempo que se dedica al trabajo, al descanso y la atención de las obligaciones familiares y personales; pues busca además, con un criterio social, ampliar a un mayor número de personas la posibilidad de acceder a la administración pública y, evitar que quienes ya están a su servicio, tengan vinculaciones adicionales en desmedro de otras personas que no han podido vincularse al medio laboral.

Ahora bien, como el demandante sostiene que la ley lo autorizaba para ejercer simultáneamente los dos cargos de tiempo completo, por ser la jornada laboral inferior a ocho horas , la Sala observa que si bien en el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1713 de 1960 se da una definición de HORARIO NORMAL DE TRABA-

JO, ello implica que la expresión "PROFESORADO DE TIEMPO COMPLETO" utilizada en el literal a) del mismo artículo 1°, , cambie su significado, es decir, el que le atribuyen las normas legales sobre la materia, y quede sin efecto la prohibición allí establecida si los dos tiempos completos tienen una jornada inferior a 8 horas cada uno.

"Profesor de tiempo completo" es el que está obligado a laborar durante toda la jornada que los planteles educativos de enseñanza establecen con el fin de cumplir con el pénsum señalado al respectivo nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria o de la jornada diaria de trabajo.

El literal a) del artículo 1° del Decreto 1713/60 que consagra a favor de los docentes una excepción a la prohibición constitucional de percibir las dos asignaciones, en forma expresa excluye tal posibilidad cuando "se trate de profesorado de tiempo completo". Nótese que la prohibición está establecida respecto a la percepción de "más de una asignación"; vale decir que lo que el Constituyente quiso prohibir fue la percepción de dos o más remuneraciones con prescindencia de que ella corresponda a jornadas inferiores a ocho horas, si se trata de empleos de tiempo completo y se devenga remuneración correspondiente a tal dedicación.

Dada la diafanidad de los términos empleados en la norma, 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 la jornada del actor en ambos establecimientos educativos diarias inferior a 8 horas.

El horario normal de trabajo de 8 horas, tiene que ver, tratándose de docentes, con aquellos que, teniendo un cargo de tiempo completo se desempeñan, por ejemplo, como profesores de cátedra, obviamente por fuera del horario normal de trabajo; pues el caso de los dos tiempos completos tiene regulación expresa y debe aplicarse ésta, no la que se refiere a profesionales con título universitario.

Es incuestionable entonces, 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.

Lo anterior determina que la parte demandada, para verificar la incompatibilidad del ejercicio de aquellos cargos docentes, no deba parar mientes en las correspondientes jornadas de trabajo, pues para ello era suficiente tener demostrado, como lo estaba, que el señor Osorio Valencia ejercía dos empleos de tiempo completo en forma simultánea.

En relación con alegada violación del artículo 7° del Decreto 2277 de 1979, considera la Sala que ella no se configura, porque si se atiende a su contenido , fácil es concluir, que tal norma no contiene una enumeración taxativa de los eventos en

que procede la declaración de insubsistencia de los docentes escalafonados, pues lo que hace es establecer algunas situaciones en las que ella debe decretarse, sin excluir que se aplique en un caso como el presente, en el que es de bulto la incompatibilidad del ejercicio de los dos empleos.

Tampoco le asiste razón al demandante , cuando afirma que la insubsistencia equivale a una renovación directa del acto administrativo de nombramiento y que por ende , la Universidad estaba en obligación de agotar el procedimiento previsto para el efecto en el C.C.A.; pues la declaración de insubsistencia es una figura autónoma del derecho público que pone término a la relación legal y reglamentaria del empleado con la administración, cuyo origen , regulación y efectos son bastante diferentes a los de revocación directa, que se rige por normas y principios igualmente propios e independientes.

De manera, que como según se desprende de la pruebas allegadas a los autos, el actor se desempeñaba simultáneamente como profesor de tiempo completo en el Liceo antioqueño de la Universidad de Antioquia y en el Colegio Santa Rosa de Lima , 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 se desempeñaba en esa Universidad, se ajusta al derecho, pues frente a una clara incompatibilidad legal para desempeñar los dos cargos, no queda otro remedio que poner fin a una de esas vinculaciones mediante la insubsistencia, así el artículo 7° del Decreto 2277 de 1979 no hubiera contemplado ese caso.

Lógicamente con este proceder no se transgreden las normas sobre la 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 encuentran 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 con la Universidad de Antioquia, contraría a una prohibición de orden constitucional , el 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 la exclusión del escalafón, ello hubiera repercutido desfavorablemente en las condiciones de la relación laboral del accionante con el Colegio Santa Rosa de Lima.

Resta anotar la prohibición de desempeñar 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

instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúase 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 el plantel educativo de la Nación, de un departamento o municipio, no pueden 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 5 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso promovido por Fabio de Jesús Osorio Valencia contra la Universidad de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de julio de 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.

DEMANDA -Requisito/**NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/DEMANDA:** Interpretación

Sin desconocer que la demanda no es un ejemplo de técnica jurídica, y con el propósito de no sacrificar el aspecto sustancial del debate en aras de las formalidades procesales, que resultan intranscendentes cuando del contexto de libelo es posible inferir el verdadero sentido de los planteamientos formulados por la parte actora, la Sala considera que en el caso ue se examina, se cumplió con el requisito de citar las normas violadas y de exponer el concepto de su violación.

DOCENTE UNIVERSITARIO/ ESCALAFON DOCENTE/INGRESO AUTOMATICO-Inexistencia.

El escalafonamiento en carrera de educadores de instituciones oficiales docentes universitarias, no se produce automáticamente luego de transcurrido un año del primer nombramiento, sino que debe impetrarse por parte del interesado tal inscripción y demostrarse el cumplimiento de los requisitos y condiciones de ingreso a dicha carrera.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa fé de Bogotá D.C.Agosto diez y siete (17) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente N° 5440. Autoridades Departamentales. Actor: Rubén Darío Maldonado Ortega

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 25 de octubre de 1990, proferida por el tribunal administrativo

de la Guajira, mediante la cual denegaron las pretensiones del demandante, consistentes en la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 473 de 3 de noviembre de 1988, expedida por la Universidad de la Guajira por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de profesor de tiempo completo de la facultad de Administración de Empresas de ese centro educativo, en su reintegro al empleo mencionado y el pago de sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, prestaciones sociales y demás derechos que de manera permanente corresponden al cargo, con los reajustes pertinentes.

El Tribunal fundamentó su decisión adversa al demandante, en el hecho de que no se acreditó que la remoción del actor fue una consecuencia del conflicto laboral que se presentó en la Universidad de la Guajira durante el lapso en que transcurrió la rectoría del Dr. Luis Orcasitas ; que era el demandante quien así lo alegaba, el que estaba obligado a llevar al juzgador plena certeza acerca de que el nominador obró con desviación de poder. porque el acto se profirió con una finalidad diferente del buen servicio y que por ello no ocurrió.

Por otra parte, el A-quo estimó que la administración no desconoció al actor los derechos consagrados en el artículo 97 del Decreto 80 de 1980, en virtud de que para gozar de relativa estabilidad en el empleo, según voces del artículo 109 ibídem; los docentes de tiempo completo debían hallarse escalafonados en la respectiva carrera administrativa.

Y sostiene que, a pesar de que conforme a lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto 2533 de 1987, cumplido un año de desempeño como profesor de tiempo completo o parcial, el docente puede solicitar su ingreso al escalafón, el señor Maldonado Ortega, "Quien llevaba más de dos años de vinculación a la Universidad de la Guajira, no aportó prueba alguna de que hubiera solicitado su ingreso al escalafón, razón por la cual al momento de producirse su desvinculación no se encontraba escalafonado" .(folio 47).

Acató también el fallador, que el accionante no gozaba de fuero sindical por ser secretario de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios- ASPU- Seccional Guajira, pues ostentaba la calidad de empleado público y, de acuerdo con las previsiones del artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo " NO GOZAN DE FUERO SINDICAL: LOS TRABAJADORES QUE SEAN EMPLEADOS PÚBLICOS". (Folio 48).

Y concluyó:

"De las disposiciones antes transcritas y del acervo probatorio allegado al presente se infiere que el profesor RUBEN DARIO MALDONADO no poseía ningún fuero especial, ni estaba escalafonado, ni en carrera, no era empleado de período fijo y en consecuencia era empleado de libre nombramiento y remoción y que la declaratoria de insubsistencia operó por un simple querer de la Administración y al no tener el docente ninguna circunstancia que lo hiciera inamovible.

EL RECURSO

Las razones de inconformidad con el fallo comentado, las expone así el recurrente:

"a) ... se encuentra plenamente probado en el plenario que mi ponderante era secretario de Sindicato de Profesores. Es decir al ser secretario de la junta Directiva se encontraba amparado por el fuero sindical y cuando menos, el rector debió buscar el beneplácito de las autoridades del trabajo, para que se le suspendiera de su cargo de miembro directivo del Sindicato.

b) ... el Decreto 80/80 en su artículo 97 señala expresamente "los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial están amparados por el régimen especial de este decreto y aunque son empleados públicos no son de libre nombramiento y remoción (he subrayado). Si se tiene en cuenta que mi poderdante estuvo vinculado a la Universidad de la Guajira como profesor de tiempo completo. Tal como aparece en el folio 36 del expediente. No se le debió despedir como se hizo" (sic). (folio 49).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Fiscal Novena de la Corporación, tras señalar que el tribunal del conocimiento se excedió en el fallo, porque definió la naturaleza jurídica del ente demandado según la ordenanza N° 031 de 1982 y analizó la estabilidad del demandante, de acuerdo con el Decreto 2533 de 1987, normas de carácter local que no obran en el plenario y que la demanda carece del acápite de normas violadas, pues el Decreto 080 de 1987 invocado por el libelista, se refiere a las funciones de los municipios en relación con el transporte urbano y dicho decreto no tiene artículo 97, llega a la conclusión de que la Universidad demandada es un establecimiento público del orden departamental, razón por la cual y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 304 del Código de Régimen Departamental, el demandante era empleado público. Por tanto, asevera, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3°, 4o° y 5° del Código Sustantivo de Trabajo, no procede aplicar al caso subexámine las normas contenidas en éste último código, relacionadas con el fuero sindical, como lo reclama el apelante.

Asimismo, la agencia fiscal señala que "Existe grave deficiencia probatoria para demostrar que el actor se encontraba inscrito en el escalafón docente de la Universidad de la Guajira, que le dé estabilidad en el cargo al demandante" (folio 66).

Pide la señora fiscal, se confirme la sentencia apelada.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero señalar, que tiene razón la agencia del Ministerio Público, en que el escrito introductorio del proceso es deficiente en el capítulo "normas violadas", pues cita en forma equivocada el artículo 97 del Decreto 80 de 1987 como precepto legal supuestamente infringido, decreto que nada tiene que ver con el tema de la demanda, pero la circunstancia de que en la demanda se transcribe parcialmente, no el artículo 87 del Decreto 80 de 1987, sino el artículo 87 del Decreto 80 de 1980, en ejercicio de la facultad interpretativa del libelo que el ordenamiento jurídico otorga al juzgador, no puede menos que concluirse, que el actor, realmente consideró infringido por la administración el artículo 97 del decreto 80 de 1980, cuyo texto es el siguiente:

> "Los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial están amparados por el régimen especial previsto en este Decreto, y aunque son empleados públicos, no son de libre nombramiento y remoción, salvo durante el periodo de un año establecido en el artículo 109 de este decreto, cuando se trata de un primer nombramiento en la Institución".

Por lo demás hay claridad en la demanda cuando señala que se impugna la Resolución N° 473 de 1988 por desviación de poder y cuando explica por qué razón se configura esta causal de invalidez de los actos administrativos, contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, norma que también invoca el accionante cuando señala la clase de acción que ejercita.

De manera que sin desconocer que la demanda no es un ejemplo de técnica jurídica, por las razones anteriormente expuestas, y con el propósito de no sacrificar el aspecto sustancial del debate en las aras de las formalidades procesales, que resultan intrascendentes cuando del contexto de libelo es posible inferir el verdadero sentido de los planteamientos formulados por la parte actora, la Sala considera que en el caso que se examina, se cumplió con el requisito de citar las normas violadas y de exponer el concepto de su violación.

Ahora bien, el artículo 109 del Decreto 80 de 1980 al cual remite el artículo 97 ibídem, invocado por el libelista, luego de iniciar los períodos durante los cuales los profesores de las instituciones universitarias oficiales, según la categoría que ostenten, gozan de estabilidad, prescribe:

> "Todo primer nombramiento de un docente de tiempo completo o de tiempo parcial será por término de un año, cumplido el cual podrá solicitar su ingreso al escalafón."

Fluye de esta norma que el escalafonamiento en carrera de los educadores de instituciones oficiales docentes universitarios, no se produce automáticamente luego de transcurrido un año del primer nombramiento, sino que debe impetrarse por parte del interesado, tal inscripción y demostrarse el cumplimiento de los requisitos y condiciones de ingreso a dicha carrera.

Consiguientemente, no es cierto que en virtud de lo preceptuado en el artículo 97 del decreto citado, deba considerarse que el señor Maldonado Ortega se hallaba escalafonado en dicha carrera y, por ello gozaba de fuero de relativa inamovilidad.

De modo que, como se probó que el actor estuviera inscrito en el escalafón docente de la Universidad de la Guajira, debe considerársele como un docente de libre nombramiento y remoción, que podía ser separado del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, que al efecto asiste a la autoridad nominadora, como efectivamente lo hizo el rector de ese centro universitario.

En lo atinente a la desviación de poder, precisa anotar que acertó el Tribunal en afirmar que no existe en los autos prueba alguna que acredite que la remoción del demandante se produjo por retaliación del nominador, en virtud de encontrarse éste entre el grupo de docentes que se opuso a la administración, y que por tanto, con base en dicha causal de anulación de los actos administrativos, no procede la anulación de la Resolución N° 473 de 1988, pues sabido es que para ello su ocurrencia, debe aparecer fehacientemente demostrada.

Finalmente la Sala habrá de decir que como en la demanda, el accionante no hizo referencia a la supuesta vulneración del fuero sindical, que, en su concepto le amparaba, por ser secretario de la Junta Directiva de la Asociación Sindical de profesores Universitarios ASPU, la Sala considera que no procede efectuar el análisis de los argumentos que sobre el particular se expusieron en el alegato de conclusión presentado en la primera instancia y en el escrito de sustentación del recurso de apelación, puesto que siendo la jurisdicción contencioso administrativa eminentemente rogada, el libelo constituye el marco de juzgamiento de la actividad administrativa, no siendo dable al actor, durante el decurso del proceso, proponer nuevas razones de impugnación y nuevos fundamentos de derecho para sacar avante sus pretensiones ni permitido al juzgador entrar a considerarlos.

De conformidad con lo dicho, se impone la confirmación de la sentencia apelada.

En el 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 25 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en el proceso entablado por Rúben Darío Maldonado Ortega contra la Universidad de la Guajira, a fin de obtener la nulidad de la Resolución N° 473 de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en Sesión celebrada el día veintinueve (29) de julio 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.

EMPLEADO PUBLICO / PERMISO SINDICAL PERMANENTE- Improcedencia / DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia

Los permisos sindicales son permisos que se conceden a empleados públicos para ejercer funciones sindicales, ahora bien, no estando consagrados tales permisos en la legislación nacional, forzoso es remitirse a los permisos comunes que prevé el artículo 21 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, por un término máximo de tres días. Esto implica por deducción que no pueden existir permisos permanentes, lógico resulta el quebranto de tal norma. No es concebible que el Secretario General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público pueda delegar en una entidad de derecho privado una función pública ni que las actividades sindicales puedan asumir el carácter de función pública posible de ser ejercida por una entidad particular. Y, si el propio Ministerio no puede otorgar permisos permanentes (figura no prevista en la legislación), mucho menos puede hacerlo el Secretario General mediante delegación al organismo central del Sindicato, según viejo aforismo de que "nemo plus jus in aliun transferre potest quam ipse habet".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., Agosto diecinueve (19) de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N° 3902. Resoluciones Ministeriales. *Actor: Manuel Enrique González Parra.*

El señor Manuel Enrique González Parra, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 de C.C.A., demandó

ante esta Corporación la nulidad de la Resolución N° 489 de enero de 1978, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, " Por el cual se permiten unos permisos sindicales a miembros directivos del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Hacienda y Crédito Público." (folios 1 y 2).

En los hechos de la demanda en que se fundamenta dicha pretensión se afirma que la resolución impugnada infringe normas de superior jerarquía que regulan el tema de los permisos a los funcionarios de la rama ejecutiva y se alude a la incompetencia de quien dictó el acto acusado en el citado ministerio.

En el libelo, se indicaron como violados los artículos 2°, 6°, 7°, 18, 21 y 22 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y 58, 74, 77 y 79 del Decreto 1950 de 1973.

En el desarrollo del concepto de la violación, la parte actora hace referencia a que la oportunidad para gozar de permiso remunerado radica única y exclusivamente en que medie en cada caso particular una justa causa, cuya duración máxima según las normas es de tres días; que este término de computa como días laborados para todos los efectos prestacionales; que la correspondiente solicitud debe ser presentada por el empleado en forma escrita; que la competencia para autorizar o negar tales permisos esta en el jefe del organismo o su delegado; que en el caso su-lite la mencionada regulación ha sido abiertamente incumplida por la resolución impugnada en cuanto a la duración de permisos sindicales y a las formalidades exigidas, pues se entiende que se trata de un derecho individual y no colectivo; que otra ilegalidad manifiesta del acto impugnado se encuentra en haber trasladado a la junta directiva nacional del sindicato la competencia para autorizar o negar los permisos de las directivas regionales, además porque constituye la delegación de una función pública en una persona jurídica privada; que en lo atinente a la incompetencia del Secretario General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para expedir la resolución acusada radica en que la autorización de permisos está en poder del jefe del organismo o su delegado, y no en aquel funcionario, salvo que se haya delegado por el titular; que de conformidad con disposiciones del referido ministerio el secretario general de este organismo no estaba facultado para autorizar permisos a los funcionarios y menos aún para otorgarlos al sindicato en los términos en que lo establece la Resolución N° 00489 de enero de 1978 (folio 9 a 12).

En el escrito demandatorio el actor pidió la suspensión provisional de la comentada resolución por considerar que era manifiestamente violatoria de normas de superior jerarquía, medida cautelar que fue decretada por Sala de Decisión mediante auto de octubre 6 de 1989 que a su vez revocó la providencia suplicada desde enero 12 del mismo año (folio 122 a 131).

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su extenso concepto de fondo de junio 12 de 1990, es de opinión de que se acceda a las súplicas de la demanda, manteniendo la medida cautelar de la suspensión provisional, por compar-

tir los planteamientos hechos por el actor en el libelo, para solicitar la nulidad de la Resolución N° 00489 de enero 25 de 1978, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como se establece del análisis del citado concepto emitido por la agencia del Ministerio Público (folio 156 a 164).

Habiéndose cumplido la actuación sin que se observen vicios que invaliden, se procede a decidir, previos las siguientes

CONSIDERACIONES

Se demanda en este proceso la nulidad de la Resolución N° 00489 de enero 25 de 1978, dictada por la Señora Secretaria General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual se conceden unos permisos sindicales a miembros directivos del sindicato de trabajadores del referido organismo.

Como ya se dijo, mediante auto de octubre 6 de 1989 proferido en Sala de Decisión que revocó el auto de enero 12 del mismo año, se decretó suspensión provisional de la comentada resolución.

En el citado auto de octubre de 6 de 1989 manifestó la corporación:

"Pero es claro que los permisos sindicales son permisos que se conceden a empleados públicos para ejercer funciones sindicales. Ahora bien, no estando consagrados tales permisos en la legislación nacional, forzoso es remitirse a los permisos comunes que prevé el artículo 21 de Decreto Extraordinario 2400 de 1968, por un término máximo de tres días. Esto implica, por deducción, que no pueden existir permisos permanentes. Y, como el auto enjuiciado autoriza *permisos permanentes*, lógico resulta el quebranto de tal norma.

Tanto en este aspecto como en el de la delegación o subdelegación hecha por el Secretario General del Ministerio a la Directiva Nacional del Sindicato para conceder algunos de tales permisos, es también obvia la violación de la ley, aparte de que, conforme al artículo 20 de la Carta, el citado funcionario está ejerciendo funciones de que carece." (folios 127 y 128).

Más adelante, en dicho auto sostuvo la sala:

"De otra parte, el artículo 21 del Decreto 2400 de 1968, al igual que el artículo 74 del Decreto 1950 de 1973, señalan que para la obtención de un permiso remunerado debe mediar justa causa. No tendría razón de ser esta disposición si no fuera porque los permisos son otorgables sólo para casos concretos, individuales, singulares y no en forma indeterminada, anticipada o permanente, pues están sujetos a la restricción adicional de que, para cada caso, exista la debida justificación. No existen justificaciones hacia un futuro imprevisible y eventual.

Si la condición de ser directivo sindical no se superpone a la de empleado público, el empleado público que sea dirigente sindical sigue siendo empleado público responsable de las funciones que corresponden al cargo de que es titular. Tanto es ello así que, si el funcionario deja de serlo, pierde *ipso facto* el carácter sindical que ostentaba.

Ahora bien, la función que debe cumplir el empleado oficial es la del cargo al que está vinculado, que es, al mismo tiempo, la que se remunera con fondos públicos. No puede existir mecanismo legal que puede desnaturalizar este concepto, el cual es de la esencia de la noción de función pública.

Finalmente, no es concebible que el Secretario General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público pueda delegar en una entidad de derecho privado una función pública ni que las actividades sindicales puedan asumir el carácter de función pública posible de ser ejercida por una entidad particular.

Y, si el propio Ministro no puede otorgar permisos permanentes (figura no prevista en la legislación), mucho menos puede hacerlo el Secretario General mediante delegación al organismo central del Sindicato, según el viejo aforismo de que " nemo plus jus in alium trasferre potest quam ipse habet". (folio 128 y 129).

Ahora bien, en sentencia de septiembre 25 de 1989, expediente N° 1116, actor Fernando Ceballos Ariza, Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, providencia a la cual se alude en el auto de octubre 6 de dicho año, expuso la corporación:

"Es claro, pues, que no existan permisos permanentes en el régimen laboral de los empleados públicos. Ni para desempeñar funciones sindicales ni para actividad alguna diferente, por encomiable que sea o aún propicia por la ley.

El empleado público lo es en cuanto ha sido designado para cumplir las funciones públicas que corresponden al cargo, las cuales no admiten receso sino en forma accidental y episódica.

Más aún el permiso permanente implica una contradicción en sus propios términos. Desde que el permiso es por naturaleza algo incidental que interrumpe el curso normal de una situación establecida, que altera la regularidad de lo que de suyo tiene carácter permanente, es, por eso mismo, excepcional y de corta duración.

Corresponde al funcionario oficial un deber previsto en la ley para el cargo al que está vinculado y justamente por estar investido de las funciones que la propia ley señala, ostenta tal *status* que, si bien puede interrumpirse, ha de ser de manera incidental, transitoria e intranscendente.

> Así como no puede haber "Ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o en reglamento"(C.N. Art. 63), tampoco existe funcionario que no ejerza sus funciones y continúe como tal".

Y, concluyó así la Corporación, haciendo referencia a convenios internacionales aprobados por la OIT, comentados por el apoderado del Sindicato del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en escritos que obran a folios 103 a 109 y 148 a 153 del expediente:

> "Poco habría que agregar a esto, dado que la situación es en ambos casos una misma. Podría argüirse que el derecho de asociación tiene raíz constitucional y consagración legal, con la garantía de la protección del Estado, según lo declaran los artículos 12, 59 numeral 4°, 60 numeral 7° y 353 del Código Sustantivo del Trabajo, aparte de que, por haberse ratificado mediante las Leyes 26 y 27 de 1976 los convenios internacionales 87 y 98 expedidos por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en 1948 y 1949, respectivamente, las autoridades administrativas tienen la obligación especial de proteger el ejercicio de los derechos sindicales.
>
> Sin embargo, ni la legislación colombiana ni los citados Convenios Internacionales, convertidos en ley nacional en virtud de la ratificación, pueden llegar a desnaturalizar el carácter del empleo público exonerado al empleado del deber de cumplir sus funciones así sea temporalmente. En este punto, no hay más opción que la del artículo 21 del decreto 2400 de 1968: Cada permiso debe solicitarse individualmente con la correspondiente justificación.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que, de conformidad con lo planteado por la Corporación en auto de octubre 6 de 1989 y en la sentencia de septiembre 25 del mismo año, habrá de declararse por la Sala la nulidad de la resolución impugnada en el presente proceso.

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

FALLA :

Declárase nula para todos los efectos legales pertinentes la Resolución N° 00489 de enero de 1978, expedida por la señora Secretaria General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y Archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto de 1993.-

Pedro Charría Angulo, Conjuez; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Guillermo López Guerra,* conjuez; *Carlos A. Orjuela G., Aclara voto; Dolly Pedraza Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la sentencia de 25 de septiembre de 1989, Exp. 1116, Ponente: Dr. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER, Actor: FERNANDO CEBALLOS ARIZA.

PERMISOS SINDICALES PERMANENTES/DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL/FUERO SINDICAL/EMPLEADO PUBLICO (Aclaración de Voto).

Los permisos sindicales son una garantía inherente al derecho de asociación sindical, y de contera o por ello mismo, a la función de los directivos sindicales en cuanto tales. El derecho de asociación sindical requiere para su pleno ejercicio de instrumentos que permitan su desarrollo, tales como el fuero sindical, la negociación colectiva, la huelga y otros semejantes. Es cierto que el de los empleados públicos tienen un ámbito más restringido, como que hasta ahora no existe normatividad positiva que contemple esos mecanismos, que son propios de los trabajadores particulares y sólo en alguna medida, de los trabajadores oficiales. La Carta Política de 1991 los previó con un carácter más amplio que cobija inclusive a los empleados públicos, pero cuya adecuación y reglamentación todavía no se ha producido. Los permisos sindicales para empleados públicos eran procedentes antes de la Constitución de 1991 y con mayor razón lo son después de ella. Obviamente, su reglamentación, exige un manejo cuidadoso para que no pugne con el régimen legal propio de estos servidores.

Aclaración de voto del consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora a la sentencia dictada el 19 de agosto de mil novecientos noventa y tres en el proceso Nº 3902. Resoluciones ministeriales. Actor: Manuel Enrique González Parra - Santafé de Bogotá, D. C., Agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Con todo comedimiento me permito aclarar que aunque comparto lo resuelto en este asunto en la medida en que la forma como fue redactada la Resolución N° 00489 del 25 de Enero de 1978, del ministerio de Hacienda y Crédito Público, no permitía salida diferente a la de su anulación, no participo en su integridad de las consideraciones hechas en la sentencia en lo que respecta con los permisos sindicales para empleados públicos.

En efecto, a mi juicio los permisos sindicales son una garantía inherente al derecho de asociación sindical, y de contera o por ello mismo, a la función de los directivos sindicales en cuanto tales.

El derecho de asociación sindical requiere para su pleno ejercicio de instrumentos que permitan su desarrollo, tales como el fuero sindical, la negociación colectiva, la huelga y otros semejantes. Es cierto que el de los empleados públicos tienen un ámbito más restringido, como que hasta ahora no existe normatividad positiva que contemple esos mecanismos, que son propios de los trabajadores particulares y sólo en alguna medida, de los trabajadores oficiales. La Carta Política de 1991 los previó con un carácter más amplio que cobija inclusive a los empleados públicos, pero cuya adecuación y reglamentación todavía no se ha producido.

Sin embargo, pienso que la concesión de los permisos sindicales es un derecho obvio, íncito al derecho de asociación sindical, sin el cual este último se desdibuja y queda convertido en una simple apariencia. Es difícil entender cómo podría un empleado público que tenga la calidad de directivo sindical cumplir sus funciones -y obligaciones- como representante de los afiliados a su organización, sin la existencia de los permisos sindicales. Resultaría largo y dispendioso hacer el inventario de situaciones absurdas y injustas que esto supone.

Desde luego, es cierto que la normatividad existente en relación con la función pública presenta vacíos grandes en este aspecto que no es siempre fácil llenar o resolver por otras vías, entre ellas la de la aplicación analógica de disposiciones atinentes a materias parecidas. Probablemente una conclusión con características de definitiva alrededor de esta temática exige e impone un estudio profundo y detenido, cuya oportunidad quizás no sea la de esta sencilla aclaración. Sin embargo, creo que pueden adelantarse en este escrito algunos conceptos que podrían servir más adelante para ese propósito.

Por ejemplo: es discutible que el régimen propio de los empleados públicos permita la concesión de permisos sindicales permanentes; aunque no me atrevo a señalarlo tajantemente de esa manera, pienso que es una tesis seria y respetable que no puede rebatirse sin argumentos de fondo, claros y precisos. En cambio, tengo la opinión de que los permisos sindicales temporales son viables y posibles para esos mismos servidores del Estado, sin que sea menester "torcerle" el cuello a las disposiciones legales o pasar por encima de su tenor literal. Por consiguiente, considero que una reglamentación adecuada sobre este punto, hecha por la entidad oficial de que se trate, permitiría su concesión, sin que se transgredan la letra o el espíritu de la ley.

Por ello, tengo la certeza de que en este evento es eso lo que acontece, esto es, que la reglamentación hecha por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no se ajustó ni acomodó a las posibilidades que presentaba la legislación vigente para la época de su expedición; y no, como parece sugerirlo la providencia, que esté vedado otorgarle permisos sindicales a los empleados públicos que ostenten la calidad de directivos en las organizaciones de ese tipo, de modo general.

En síntesis, creo que los permisos sindicales para empleados públicos eran procedentes antes de la Constitución de 1991 y con mayor razón lo son después de ella. Obviamente, su reglamentación exige un manejo cuidadoso para que no pugne con el régimen legal propio de estos servidores.

Finalmente, debo recalcar que en el presente proceso la redacción y la reglamentación contenidas en el acto acusado al parecer quebrantan normas superiores y por eso la sentencia se ajusta a la realidad que consta en el expediente. Empero, en otros casos en que esos mismos elementos se adecuen a la normatividad vigente la decisión debería ser la contraria.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

ACTO DE CONVOCATORIA A CONCURSO / ACTO ADMINISTRATIVO

Dicho acto, genérico sin duda, fija las pautas a seguir, los requisitos del concurso y los requisitos que deben acreditar quienes aspiren a concursar. Es decir, es " la ley del concurso". Ciertamente es a la vez punto de partida. Por tal razón la convocatoria no puede confundirse con el desarrollo del concurso en sí considerado; sus ordenamientos, debiéndose ajustar a las normas superiores que los inspiran, pueden ser sometidos a juzgamientos mediante las acciones pertinentes.

CARRERA JUDICIAL / ESTABILIDAD / ESCALAFON JUDICIAL / DERECHO A LA REELECCION / CALIFICACION DE SERVICIOS

Al tenor de lo dispuesto en el título III del Decreto N° 052 de 1987, el ingreso a la carrera judicial o el ascenso a 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 mediante tales mecanismos, no requieren, no necesitan para su reelección, participar en un nuevo concurso, por cuanto por ello, sólo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, de acuerdo con lo previsto en el art. 51 del citado decreto, 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 alcalde y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de "carrera" , pues es inherente a éste, no sólo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa estabilidad de quienes ingresan a ella, estabilidad que está condicionada, obviamente, 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.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá , D.C., agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N° 4362. Autoridades Nacionales. Actor: Orlando Giraldo González.

El doctor Orlando Giraldo González, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública de nulidad a que se refiere el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó a esta jurisdicción que previo el trámite del proceso ordinario contemplado en los artículos 206 y siguientes del C.C.A., en sentencia definitiva se declaró la nulidad de los apartes del acto administrativo proferido conjuntamente por el consejo seccional de la Carrera de Distrito Judicial de Manizales y el tribunal superior del mismo Distrito Judicial, por el cual se hizo la convocatoria para el "concurso a la carrera judicial para permanencia, ingreso o ascenso de jueces de la república" de 21 de octubre de 1988.

Los apartes acusados son los siguientes:

"CONCURSO A LA CARRERA JUDICIAL PARA LA PERMANENCIA, INGRESO O ASCENSO A CARGOS DE JUECES DE LA REPUBLICA"

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 20 del Decreto 052 del 13 de enero de 1987, en forma conjunta con el Consejo Seccional de la Carrera del Distrito Judicial de Manizales".

CONVOCA

A todos los interesados para que se inscriban en el concurso para la provisión de cargos judiciales y para el período constitucional que se iniciará el 1° de septiembre de 1989.

PARAGRAFO 1. Los funcionarios vinculados a la rama jurisdiccional interesados en concursar deberán , además, inscribirse y participar en los cursos de capacitación por especialidades ofrecidas (sic) previamente el concurso, por la Escuela Judicial "RODRIGO LARA BONILLA" en coordinación con los organismos administradores de la Carrera.

...

1° EMPLEOS A PROVEER

Jueces Superiores, Jueces del Circuito, Jueces de Instrucción Criminal, Jueces Municipales, Jueces Promiscuos, Jueces Territoriales en todos los municipios del distrito.

IV. INSCRIPCION

Opción 1: Jueces en propiedad que aspiren a ser reelegidos en el cargo.

Opción 2: Jueces en propiedad que aspiren en su cargo y simultáneamente a otro cargo. Se entiende por otro cargo si se aspira a uno de superior categoría o de igual, pero de especialidad o de funciones específicas distintas del que se ocupa.

...

EXAMEN DE CONOCIMIENTOS: Desde cero (0) hasta cincuenta (50) puntos.

Consiste en una evaluación escrita sobre los conocimientos impartidos en los cursos, su capacidad de manejo crítico y aplicación práctica de los mismos.

El resultado del examen de conocimientos será clasificado para los jueces en propiedad que aspiren a ser de nuevo elegidos para el cargo que vienen desempeñando. Será eliminatoria para los jueces que concursen para otro cargo distinto del que ocupan, según opción 2.... La evolución (sic) se calificará inicialmente en una escala de cero (0) a cien (100), para efectos del concurso se procederá de la siguiente manera:

Cuando se concurse para el cargo que se está desempeñando se asignará un punto por cada dos (2) respuestas acertadas. Cuando se concurse para otro distinto al que se está ejerciendo en propiedad según opción 2, o para ingreso al servicio, se asignará un punto por cada unidad de la calificación que exceda de cincuenta (50).

ELECCION

El Tribunal elegirá los aspirantes de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

1. En primer lugar se deberá considerar el nombre de quien viene desempeñando el cargo, siempre que en el momento de la inscripción al concurso pertenezca al escalafón de la Carrera Judicial, haya participado en el concurso para dicho cargo y haya aprobado.

2. Si el tribunal decide no elegir a quien participó en el concurso en las condiciones anotadas en el numeral anterior, deberá considerar el nombre de otros funcionarios de la rama Jurisdiccional, que pertenezcan al escalafón de la Ca-

rrera en el momento de la inscripción, y hayan concursado y aprobado para dicho cargo con un puntaje superior al obtenido por quien está desempeñándolo.

3. Si el tribunal decide proveer el cargo con un participante distinto a los mencionados en los numerales anteriores sólo podrá elegir a quien haya concursado para este cargo y haya obtenido un puntaje superior al de aquellos.

NOMBRAMIENTOS

Quienes sean electos serán nombrados en propiedad y escalafonados en Carrera si al momento de la elección estaban vinculados a la Rama Jurisdiccional en este mismo carácter como funcionarios de la misma. No podrá elegirse como Juez a una persona con relación a la cual se manifiesten reservas morales sobre su conducta privada o pública. Al menos por una tercera parte de la corporación."

HECHOS DE LA DEMANDA

Expone el actor, en síntesis, los siguientes hechos:

A. Que en virtud de la Ley 52 de 1984, por la cual el Congreso Nacional otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para "revisar, reformar y poner en funcionamiento el estatuto de la Carrera Judicial", se dictó el Decreto 2400 de 1986.

B. Que mediante sentencia de 3 de marzo de 1987, la Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles la mayoría de las normas del decreto antes citado, razón por la cual el gobierno expidió el Decreto-Ley 052 de 1987, que establece las normas generales que rigen la Carrera Judicial, indica la manera como será administrada la carrera y señala cuáles son sus órganos administrativos.

C. Que el consejo Seccional de la Carrera del Distrito Judicial de Manizales, expidió la convocatoria a concurso de la Carrera Judicial para la "PERMANENCIA, INGRESO O ASCENSO" a cargo de jueces de la República, por la cual se convoca a la totalidad de los jueces de todos los municipios del respectivo Distrito en todas sus categorías y niveles actualmente escalafonados, quienes inexplicablemente deberán concursar para su propio cargo, aún habiendo obtenido excelente o buena calificación.

D. Otros apartes del acto acusado, referidos o circunscritos al acápite de nombramientos expresa que a los electos se les escalafonará si al momento de la elección estaban vinculados con ese mismo carácter. Redunda pues, la convocatoria en otorgarle inexistencia a la Carrera Judicial y en el mejor de los casos la ciñe de temporalidades exclusivamente cronológicas según se desprende fácilmente de su interpretación.

E. Compele el acto acusado, a concursar a los escalafonados que aspiren a su mismo cargo en la opción dos cuando compiten, simultáneamente para éste, reelección, o para otro; entendiéndose otro cargo uno de superior categoría, ascenso o de igual categoría pero de especialidad diferente. El resultado del examen de conocimientos, en el caso de la opción dos, es eliminatorio si concursa sólo para otro cargo; estando definida la opción dos como doble aspiración.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION

Considera el actor como violadas con los apartes de la convocatoria acusados los artículos 162 de la Constitución Nacional; 1° y 5° del Decreto Extraordinario 052 de 1987 y el aAuerdo N°18 de 1988 proferido por el Consejo Superior de la Carrera Judicial.

El concepto de la violación expuesto a folios 33 a 41 del expediente, puede resumirse de la siguiente manera:

A. Que los principios fundamentales de la carrera judicial son los de dotarla de un personal competente, estable y honesto y establecer igualdad de condiciones para su ingreso, condicionando la estabilidad laboral al eficiente cumplimiento de los deberes, debidamente calificados.

B. Que el escalafonamiento de un funcionario le crea un derecho adquirido, no teniendo la obligación de concursar nuevamente, pues, los mencionados concursos son para los que pretendan ingresar o ascender en la carrera, más no para los ya escalafonados, quienes tienen el derecho a permanecer en sus respectivos cargos, siempre que no obtengan dos calificaciones insatisfactorias.

C. Que los partes acusados desatan un procediendo cuyo esquema compulsa al funcionario escalafonado a renovar su oportunidad de vinculación, atentando contra la estabilidad e independencia adquiridas, haciendo nugatorios los efectos legales que protegen esa situación jurídica particular y singular del escalafón, con flagrante violación de las normas constitucionales y legales invocadas.

DEL CONCEPTO FISCAL

El Agente Fiscal Cuarto de la Corporación estima que los apartes del acto acusado que convoca a los funcionarios inscritos en la carrera a participar en el concurso para permanecer en el mismo cargo en el cual están escalafonados, son violatorios del artículo 162 de la Carta y 51 del Decreto 052 de 1987, por cuanto el primero atribuye "solo al legislador la facultad para reglamentar los sistemas propios de la carrera judicial ,y, directamente, el artículo 51 del Decreto 52 de 1987 (en concordancia con el artículo 67 del Decreto 2400 de 1986), en cuanto éste establece para efectos de reelección o permanencia en el cargo en que se está escalafonado someterse NO a un nuevo concurso sino al resultado de las calificaciones periódicas a que se refieren los artículos 48 y s.s. ibidem."

PARA RESOLVER , SE CONSIDERA:

Deberá dilucidar la Sala, en primer término, si la convocatoria es un acto susceptible de ser acusado ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Respecto a ello debe señalarse y recordarse que así lo ha estimado esta Sala en numerosas ocasiones al fallar de fondo las demandas presentadas contra convocatorias a concursos de Jueces, porque estima que dicho acto, genérico sin duda, fija las pautas a seguir, los requisitos del concurso y los requisitos que deben acreditar quienes aspiren a concursar. Es decir, es " la ley del concurso."

Ciertamente es a la vez punto de partida. Por tal razón, la convocatoria no puede confundirse con el desarrollo del concurso en sí considerado; sus ordenamientos, debiéndose ajustar a las normas superiores que los inspiran, pueden ser sometidos a Juzgamiento mediante las acciones pertinentes.

Esclarecido este punto, procede esta sala al estudio de fondo de la cuestión planteada, es decir, si los jueces **ya escalafonados** en la carrera judicial no deben ser convocados a concurso para la provisión de los cargos que desempeñan porque tienen derecho a la estabilidad y a ser reelegidos, salvo que hayan obtenido dos calificaciones insatisfactorias durante el período.

Al respecto se observa que al tenor de lo dispuesto en el título III del Decreto N° 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, no necesitan, 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 art. 51 del citado decreto, 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 el concepto de "carrera", pues es inherente a éste, no sólo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa estabilidad de quienes ingresan a ella, estabilidad que está condicionada, obviamente, a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado. Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonaminento 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.

Criterio semejante al expuesto fue determinado por esta sala en fallo de 13 de marzo de 1992, expediente 4361, actor : Juan Alberto Rodríguez Facceti 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, y más recientemente, en fallo de 18 de mayo de 1993 en que se hizo lo propio para la convocatoria que se hiciera, con el mismo objeto, para los Distritos Judiciales de Tunja y de Santa Rosa de Viterbo (exp.4421, actor: Gustavo H. Rodríguez y otros, magistrada ponente doctora Clara Forero de Castro)....

Hoy se reafirma la Sala en tales criterios.

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 nulo el acto de convocatoria a concurso de la Carrera Judicial correspondiente al Distrito Judicial de Manizales, expedido por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial y el Tribunal Superior del Distrito Judicial mencionado para el período que se inició el 1° de septiembre de 1989, únicamente en los siguientes apartes:

Del capítulo IV, INSCRIPCION:

"Opción 1. Jueces en propiedad que aspiren a ser reelegidos en el cargo."

De EXAMEN DE CONOCIMIENTOS la siguiente oración:

"Cuando se concurse para el cargo que se está desempeñando se asignará un punto por cada dos (2) respuestas acertadas."

De ELECCION: La frase que se subraya a continuación:

"1. En primer lugar se deberá considerar el nombre de quien viene desempeñando el cargo, siempre que en el momento de la inscripción al concurso pertenezca al escalafón de la carrera judicial, **haya participado en el concurso para dicho cargo y haya aprobado.**"

De NOMBRAMIENTOS, la siguiente oración:
"Quienes sean electos serán nombrados en propiedad y escalafonados en carrera si al momento de la elección estaban vinculados a la Rama Jurisdiccional con este mismo carácter como funcionarios de la misma."

2. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.- CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 5 de agosto 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.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se puede consultar las sentencias de 13 de marzo de 1992, Exp.4361, Ponente: Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ, Actor: JUAN ALBERTO RODRIGUEZ FACCETTI, y la sentencia de 18 de mayo de 1993, Exp. 4421, Ponente : Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, Actor: GUSTAVO H. RODRIGUEZ.

FUNCIONARIO DE CARRERA/ESCALAFON ADMINISTRATIVO/ NOMBRAMIENTO EN OTRO CARGO/RECLASIFICACION AUTOMATICA EN EL ESCALAFON- Inexistencia/JEFE DE DIVISION

El artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 indica claramente en qué casos se pierde la condición de funcionario de carrera, y ello solo 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 contemplado en dicha artículo, ni en ninguna otra norma, la pérdida del escalafón por pasar a otro cargo, así sea éste de superior categoría a aquél en que el funcionario se hallaba escalafonado. Pero debe advertirse que las garantías propias de la carrera se mantienen, pero referidos a los términos exactos del escalafón. Por eso, el empleado, por ejemplo, podría ser devuelto a su cargo inicial sin que ello vulnere sus derechos, pues no existe, se ha precisado, reclasificación automática en el escalafón, como no existe tampoco inscripción automática en el mismo, es necesario obtenerlas por los medios legales. Para el momento en que fue promovido el demandante del cargo de Jefe de División (3 de Abril de 1987), tanto el cargo en el cual estaba escalafonado como éste, que pasó a ocupar como Encargado, pertenecían a los catalogados como la carrera administrativa, puesto que solamente con la promulgación de la Ley 61 de 1987 (30 de septiembre de 1987), vino a considerarse el de jefe de división como de libre nombramiento y remoción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Gongora*

Referencia: Expediente N° 5248. Autoridades Nacionales. Actor : Armando Rodríguez Rodríguez

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 6 de julio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso promovido por Armando Rodríguez Rodríguez, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución N° 5801 de 10 de octubre de 1988, expedida por la Gerencia General del Instituto de Crédito Territorial, mediante la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de jefe de división 2040-09 de la División Técnica adscrita a la Dirección Regional de Santander y se le restablezca en su derecho, ordenando su reintegro al cargo que desempeñaba en el momento de su remoción, y el pago de los salarios, primas legales y extralegales, reajustes salariales y demás derechos sociales, que haya dejado de percibir desde el momento de su desvinculación hasta la fecha en que sea reintegrado al servicio.

Como disposiciones transgredidas por el acto acusado, el demandante cita los Artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Política de 1886, 26 del Decreto 2400 de 1968, 107 del Decreto 1950 de 1973, 12 inciso 26 de Decreto 1577 de 1979, la ley 19 de 1958 y del Decreto 3074 de 1968, destacando el concepto de violación que se incurrió en desviación de poder, por cuanto fue desvinculado del Instituto por motivos ajenos del buen servicio, sin tener en cuenta que había ingresado a la entidad demandada con el lleno de los requisitos que su cargo exigía, " y que estando en ejercicio del empleo fue inscrito en el Escalafón de la Carrera Administrativa, Nivel Profesional 2040 Grado 14, lo que sumado a la intachable conducta observada y a la experiencia profesional, ameritaba su permanencia en el cargo." (folio 31).

LA SENTENCIA

El tribunal del conocimiento denegó las súplicas de la demanda, al considerar que el actor, por no ocupar en el momento en que se produjo su retiro del servicio, el cargo en el cual de hallaba escalafonado en la carrera administrativa, carecía del fuero de estabilidad que éste otorga, por tanto, su nombramiento podía ser declarado insubsistente, en virtud del poder discrecional que otorga la ley a una determinada autoridad, " que deja libre al agente o funcionario nominador para escoger el sentido en el cual ejercerá su competencia".(folio 92)

EL RECURSO

Al sustentarlo el actor crítica al fallador por haber fundamentado su decisión en el salvamento de voto de dos consejeros, en un proceso en que, la mayoría de los integrantes de la Sala Plena del Consejo de Estado, sostuvieron que, el hecho de que un funcionario inscrito en carrera administrativa en un determinado cargo pase a otro, no implica la pérdida de los privilegios que tal inscripción confiere, y continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales, se encuentra el de estabilidad.

Y agrega el censor:

"Pero una cosa es, no compartir un criterio, por no considerarlo acertado y, otra, bien distinta, que ese salvamento destruya, deje sin valor la doctrina y la juris-

prudencia, tomadas como derrotero en una sentencia que prevaleció y prevalece sobre el salvamento de voto". (folio 102).

Insiste en sostener que de acuerdo con la sentencia de Sala Plena de Consejo de Estado de 8 de Julio de 1988, cuyos postulados no comparte el tribunal, porque se identifica con los argumentos expuestos por los consejeros que salvaron su voto, los funcionarios tienen derecho a que el nominador respete la estabilidad en el empleo, que les otorga el estar válidamente escalafonado en la carrera administrativa, porque se trata de una prerrogativa adquirida con justo título, que no se les puede vulnerar, y que el cargo en el que se encontraba laborando, es de aquellos que la ley clasifica como de carrera administrativa y, no, como de libre nombramiento y remoción, como se desprende de los Decretos - 2400 de 1968, y de 1950 de 1973.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Fiscal Quinto de la Corporación, opina que la sentencia debe confirmarse, no por las razones expuestas en ella, ya que son contrarias a los planteamientos de la Sala Plena del Consejo de Estado vertidos en la sentencia mencionada, sino por que la fotocopia de la resolución mediante la cual el Departamento Administrativo del Servicio Civil inscribió al actor en la carrera, allegada al proceso, carece de autenticidad y por ende, de valor probatorio.

Era carga procesal de la parte actora, afirma la Agencia Fiscal, "Demostrar adecuadamente el supuesto de hecho alegado, no lo hizo, pues el documento con el que pretendía acreditar el status de escalafonado carece de autenticidad, al no haber sido autorizado por notario o por el funcionario público en cuya oficina reposa el original". (folio 115).

Cumplido el trámite del recurso y no observandose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Pretende el actor que se declare nula la Resolución N° 5801 de 10 de octubre de 1988, de la Gerencia General del Instituto de Crédito Territorial -INSCREDIAL-, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de División 2040-09 de la División Técnica, adscrita a la Dirección de la Regional Santander, por lo que solicita, en consecuencia, el restablecimiento del derecho.

Atendiendo los planteamientos en que el demandante basa la impugnación del acto de insubsistencia y de la sentencia apelada, procede definir si la inscripción en carrera administrativa en un cargo distinto del que ocupaba el funcionario en el momento de su remoción, le otorga fuero de relativa estabilidad en el servicio oficial.

Ciertamente sobre el particular, ésta Corporación, y especialmente, la Sección Segunda, ha proferido decisiones en uno y otro sentido, esto es, ha sostenido que los

derechos inherentes a la carrera administrativa no se pierden por el hecho de pasar a otro cargo y, en consecuencia el empleado continúa gozando de los privilegios propios de la carrera, entre los cuales está el de estabilidad, pero también se ha dicho, que si un funcionario de carrera toma posesión de un empleo sin haber cumplido el debido proceso de selección, o de un cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual no fue comisionado, pierde sus derechos de carrera.

Sin embargo, sea ésta la oportunidad para definir que, en verdad, en aquellos casos en que las situaciones ocurrieron antes de estar en vigencia la Ley 61 de 1987, como en el sub-lite, pues el actor fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa como Profesional Universitario 3020- Grado 04, el 26 de septiembre de 1985 y fue ascendido al de Jefe de División 2040-14 de la División Técnica adscrita a la Dirección de la Regional Santander, mediante Resolución N° 1761 de 31 de marzo de 1987, la tesis que tiene mayor fundamentación jurídica es la expuesta primeramente, por cuanto, como bien lo anotó la Sala Plena en sentencia fecha el 8 de julio de 1988, expediente N° S-031, actor: Hernando Medina Avila, (el artículo 47 del Decreto 2400 de 1968) constituye su soporte legal, ya que 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 contemplado en dicho artículo, ni en ninguna otra norma, la pérdida del escalafón por pasar a otro cargo, así sea éste de superior categoría a aquel en que el funcionario se hallaba escalafonado.

Pero debe advertirse que las garantías propias de la carrera se mantienen, pero referidos a los términos exactos del escalafón. Por eso, el empleado, por ejemplo, podría ser devuelto a su cargo inicial sin que ello vulnere sus derechos, pues no existe, se ha precisado, reclasificación automática en el escalafón, como no existe tampoco inscripción automática en el mismo, es necesario obtenerlas por los medios legales.

En el sub-examine, ya se advirtió que los autos permiten concluir que el actor se hallaba escalafonado en la Carrera Administrativa, en el cargo de Profesional Universitario 3020-04, lo cual se infiere no sólo de la fotocopia de la resolución del Departamento Administrativo del Servicio Civil, mediante la cual se produjo la respectiva inscripción, que efectivamente, como lo anota la colaboradora Fiscal carece de autenticidad, sino porque el apoderado del Instituto demandado, así lo reconoció en el escrito de contestación de la demanda.

Igualmente se observa que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, no se produjo por rendimiento deficiente, de acuerdo con tres calificaciones de servicios sucesivos hechas con intervalos no inferiores a un mes (art. 240 - literal d), Decreto 1950 de 1973).

De otra parte, observa la Sala que para el momento en que fue promovido el demandante al cargo de Jefe de División (3 de abril de 1987), tanto el cargo en el cual estaba escalafonado como éste, que pasó a ocupar como encargado, pertenecían a los catalogados como de Carrera Administrativa, puesto que solamente con la promulgación de la Ley 61 de 1987 (30 de diciembre de 1987), vino a considerarse el de Jefe de División como de libre nombramiento y remoción.

De acuerdo con lo anterior, cabe concluir que el señor Armando Rodríguez Rodríguez fue separado del servicio ilegalmente y su reintegro debe ordenarse al cargo en el cual estaba escalafonado, pues ninguna norma obliga a mantenerlo en otro diferente y respecto del cual no goza de garantía de relativa inamovilidad.

No existe en este evento, fallo extrapetita al haber requerido al accionante su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y disponerse a aquel en que se hallaba escalafonado en carrera, por cuanto, como ya lo ha definido la Corporación, lo fundamental, es que el reintegro, ya está pedido.

Por consiguiente, habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar se accederá a las súplicas de la demanda, con la salvedad de que las condenas se impondrán a cargo del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana - INURBE-, por virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 3ª de 1991, que reza:

> "A partir de la vigencia de la presente ley el Instituto de Crédito Territorial - ICT- se denominará Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE-. Para todos los efectos legales las actuaciones administrativas adelantadas por el Instituto de Crédito Territorial, con anterioridad a la vigencia de la presente ley, se entenderán realizadas a nombre del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana - INURBE-.
>
> El Instituto mantendrá su naturaleza de establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico".
> (Se subraya).

Aunque el Consejero Ponente en este asunto no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a la orden de que de las condenas se descuenten las sumas que hayan recibido el demandante del tesoro Público por servicios laborales a otras Entidades Oficiales en el lapso al cual se refieren las mismas, porque aquéllas tienen el carácter de indemnización por los perjuicios que generan la ilegalidad en que incurrió la Administración y no el de una asignación en los términos de los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la de 1991, por respeto a esa mayoría se incluirá en la parte resolutiva sin salvar su voto sobre el particular en cuanto en los demás aspectos su pensamiento coincide plenamente con el de los demás Magistrados de la Sección.

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

FALLA :

1. Revócase la sentencia del seis (6) de Julio de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el presente proceso.

2. Declárase la nulidad de la Resolución N° 5801 de 10 de octubre de 1988 de la Gerencia General del Instituto de Crédito Territorial, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor ARMANDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ en el cargo de Jefe de División 2040-09 de la División Técnica, adscrita a la Dirección de la Regional Santander.

3. En consecuencia y, conforme a lo anotado en la parte motiva de este proveído, ordénase al Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana - INURBE-, reintegrar al señor Rodríguez Rodríguez al cargo de Profesional Universitario 3020-04 en la Regional de Santander y cancelarle los sueldos, primas legales y extralegales, reajustes salariales y prestaciones sociales correspondientes al cargo últimamente mencionado, desde la fecha en que se produjo su separación del servicio hasta aquella en que sea integrado al mismo.

4. De las sumas que se deben cancelar al mencionado señor por los anteriores conceptos, se descontarán aquéllas que hubiese recibido durante el lapso anotado del Tesoro Público, de conformidad con lo estatuido en el artículo 128 de la Constitución Política de 1991.

5. Declárase que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del señor Rodríguez Rodríguez.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 5 de agosto de 1993.

Diego Younes Moreno, Aclara Voto, Joaquín Barreto Ruiz, Salva Voto Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Aclara Voto, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO DE CARRERA/EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION/ESTABILIDAD-Improcedencia (Aclaración de Voto)

El empleado público vinculado a carrera administrativa que aceptase y se posesionase en un cargo que no fuera de carrera o que siéndolo, no llegase a él mediante los procedimientos señalados por la ley para el ascenso, perdía su fuero de estabilidad y, por lo tanto, se transformaba en un empleado oficial de libre remoción.

ACLARACION DE VOTO

DEL MAGISTRADO ALVARO LECOMPTE LUNA EN LA SENTENCIA ESTUDIADA Y APROBADA POR LA SALA DE LA SECCION SEGUNDA EN SESION DE CINCO (5) DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993) Y CALENDADA A VEINTE (20) DE LOS MISMOS MES Y AÑO .- EXPEDIENTE N° 5248 - AUTORIDADES NACIONALES - ACTOR : ARMANDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

El suscrito venía sosteniendo que el empleado público vinculado a carrera administrativa que aceptase y se posesionase en un cargo que no fuera de carrera o que siéndolo, no llegase a él mediante los procedimientos señalados por la ley para el ascenso, perdía su fuero de estabilidad y, por lo tanto, se transformaba en un empleado oficial de libre remoción. En otras palabras, no comulgaba con la tesis central sostenida en las consideraciones del fallo en comento, consistente que, si ello sucede, conserva su estabilidad relativa respecto al cargo en el cual se halla escalafonado y, por lo tanto, a ese cargo debe disponerse el reintegro a manera de restablecimiento del derecho.

Sin embargo, dado que la Sala Plena ha acogido esta doctrina e igualmente la mayoría de la Sección Segunda así lo ha aceptado, en aras de la necesidad de que exista una jurisprudencia uniforme al respecto, la acata y la admite, votando así favorablemente la decisión de autos.

Con todo respeto,

ALVARO LECOMPTE LUNA

FUNCIONARIO DE CARRERA/NOMBRAMIENTO EN OTRO EMPLEO ESTABILIDAD-Inexistencia (Salvamento de Voto)

El accionante perdió los beneficios de la carrera al aceptar su primera "promoción" al margen de la ley y , por ende, no procedía la nulidad del acto administrativo demandado, debiendo ser confirmada la sentencia del Tribunal, que denegó las súplicas de la demanda.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá., D.C., Agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y tres (1993).

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente N° 5248. Autoridades Nacionales. Actor: Armando Rodríguez Rodríguez

Con el mayor respeto por la opinión de los demás miembros de la Sala, consigno a continuación las razones por las cuales me aparté de la decisión adoptada en el presente proceso.

Para el efecto, reproduzco el criterio de la Sala consignado en un caso semejante en sentencia del 23 de mayo de 1991, Expediente N° 1748, Actor: Luis Soto Aldana, en los siguientes términos:

> "Sabido es, que son tres los soportes sobre los cuales están estructurados los sistemas de la carrera administrativa, judicial y militar que consagra nuestro ordenamiento constitucional, a saber: el ingreso y el ascenso por méritos y la estabilidad, condicionada a la eficiencia y buena conducta del funcionario. Soportes, predicables en cualquiera de las tres aludidas carreras, así en un momento dado tengan características u orientaciones técnicas propias. Así por

ejemplo, hay sistemas de carrera estructurados con cierta elasticidad que le permiten al empleado desempeñarse en las más disímiles tareas en la respectiva organización, sin que ello afecte su condición de empleado escalafonado, como acontece con la carrera militar en la que la persona indistintamente se puede desempeñar en el frente de batalla, o en las unidades de apoyo administrativo, o en labores relacionadas con la defensa nacional diferentes a las anteriores, sin que el paso de una actividad a otra tenga incidencia alguna en sus derechos frente a la carrera. Tal es el caso también, de algunos sistemas especiales de carrera administrativa como la docente o la diplomática y consular. En todos ellos se es capitán, mayor o coronel, docente grado 7, grado 9 o grado 10, segundo secretario, primer secretario o consejero, con prescindencia de las funciones o actividades que se estén desempeñando en un momento determinado; se es capitán, docente o consejero, no importa las funciones, el lugar o dependencia donde se labore. Son éstos, los llamados estatutos de la carrera, personales, que le permiten moverse al empleado a todo lo largo y ancho de la organización, llevando consigo el grado o nivel alcanzado dentro de la organización.

De otra parte, existen los estatutos de carrera referidos al cargo, que se caracterizan por ser mucho más rígidos y referidos a la organización o estructura jerárquica y funcional de la entidad donde se labora, en los que la calidad de funcionario de carrera se predica únicamente respecto al empleo al cual ha accedido el funcionario conforme a las normas de la carrera. Tal el caso del sistema de la carrera administrativa general (regulada por el D.L. 2400 de 1968) o de la carrera judicial, por ejemplo, en los que la persona está escalafonada en un empleo determinado, sin que le sea dado desempeñar funciones o destinos diferentes, salvo que sea transitoriamente y previo el cumplimiento de los trámites exigidos para el efecto, so pena de perder su calidad de funcionario o empleado de carrera. En estos sistemas de carrera, se está escalafonado en el empleo de Secretaria, o Profesional Universitario de tal dependencia, o en el de Juez Civil Municipal o de Magistrado del Tribunal equis, sin que pueda legalmente desempeñar con carácter indefinido un empleo diferente; pues se pertenece a la carrera, mientras se está desempeñando el empleo en el cual está escalafonado y sólo puede desvincularse de él, transitoriamente, previa licencia, comisión o encargo que le haya sido conferido para desempeñar durante algún tiempo otro empleo".

...

"Para la Sala no pasa desapercibido el artículo 47 del tantas veces citado Decreto 2400, según el cual " el empleado inscrito en el escalafón que cese en el ejercicio de sus funciones por cualquiera de las causas establecidas en el Artículo 25 perderá su condición de funcionario de carrera" y, que dentro de dichas causas no se encuentra expresamente la de aceptar y tomar posesión de un empleo superior sin haber superado satisfactoriamente el concurso respectivo. A su juicio, tal enumeración no es taxativa; pues si así fuera ella considerada,

habría que admitir que la administración y el empleado de carrera podrían hacer caso omiso de los requisitos y procedimientos señalados por la ley para ascender dentro de la carrera, haciendo así nugatorio el principio del mérito, pilar fundamental de ella. Y es que siendo la regulación de la carrera un estatuto legal armónico, que presupone que sus normas son atendidas debidamente y que la provisión de los empleos se hace en un todo de acuerdo con sus preceptos, era innecesario, dentro de la concepción inicial del estatuto, que la normatividad previera expresamente como causal de la pérdida de los derechos, los movimientos de personal efectuados al margen del ordenamiento jurídico. Nótese que el artículo 25, establece las causales de retiro del servicio y que frente a ellas, es apenas obvio que se produzca la pérdida de los derechos de carrera en la forma que lo preceptúa el artículo 47; y es obvio igualmente, que el estatuto en su concepción inicial presuponga, románticamente si se quiere, que el ingreso, permanencia y promoción de los empleados de carrera siempre se haga en un todo conforme a derecho. De ahí, que no haya previsto expresamente que su incumplimiento se traduzca en la pérdida de la carrera, pues además, no debe olvidarse que lo que ha nacido al margen de la ley, no puede generar derechos. Sin embargo, la experiencia demostró que tal suposición era ajena a la realidad; pues por múltiples factores que han entrabado el pleno funcionamiento de la carrera administrativa en el país y, que no es del caso analizar en esta oportunidad, se concluyó que era de inusual frecuencia acudir al mecanismo de las "promociones", sin concurso, para favorecer al recomendado o al amigo, llevándose por delante no sólo la filosofía sino el ordenamiento legal que tutela el sistema del mérito dentro de la administración pública.

Fue por esta realidad, que el legislador se vio precisado a consagrar ya en forma expresa en la Ley 61 de 1987, norma que no es aplicable al caso subjúdice, que "Cuando un funcionario de Carrera Administrativa toma posesión de un empleo distinto del que es titular sin haber cumplido el proceso de selección o de un cargo de libre nombramiento y remoción para el cual no fue comisionado, perderá sus derechos de carrera.

Por las razones anotadas la Sala encuentra que la declaración de insubsistencia del nombramiento del cargo de Jefe de División de que fue objeto el actor, fue ajustada a derecho, pues no estaba amparada por fuero alguno de estabilidad".

Ahora bien, el actor fue empleado del entonces Instituto de Crédito Territorial, vale decir que el régimen de carrera a él aplicable es el general, contenido en el Decreto Extraordinario 2400 de 1968, con las modificaciones que le fueron introducidas por el 3074 del mismo año, reglamentados por el dDecreto 1950 de 1973. Estos estatutos contienen un régimen de carrera administrativa referido al empleo, por lo cual es indispensable recordar cuál fue la trayectoria del actor desde su ingreso hasta su separación del servicio, para determinar sus derechos frente a dicha carrera. Recordemos, que en el mes de septiembre de 1985 fue escalafonado en la carrera en el empleo de Profesional Universitario 3020- Grado 04; que en el mismo año (octubre 1°), fue "promovido" al empleo de Profesional Universitario 3020-06, cargo

del cual fue nuevamente "ascendido", esta vez al empleo de Jefe de División 2040-14, según resolución 1761 de marzo 31 de 1987 (fls. 11, 22 y 45), del cual fue declarado insubsistente por el acto administrativo demandado.

Sobre estas "promociones" o "ascensos" debe anotarse, que fueron unas designaciones que la autoridad nominadora hizo sin que hubieran sido precedidas de los correspondientes concursos que, como se ha expresado, son un imperativo legal para ascender dentro de la carrera administrativa.

Igualmente, no debe perderse de vista que tales nombramientos podían ser o no aceptados por el actor, sin que de la negativa pudiera derivarse su desvinculación laboral, porque en tal evento hubiera continuado vinculado al empleo de Profesional Universitario 3020-04, sin mengua alguna de sus derechos de carrera. Nótese que este evento es totalmente diferente del que se presenta con ocasión de las incorporaciones que se producen por la adopción de una nueva planta de personal, en el que los empleos son suprimidos y sus titulares quedan retirados del servicio por decisión unilateral de la administración; en este caso, si el empleado no acepta el empleo que se le ofrece, continúa desvinculado. Por el contrario, en el sub-lite el actor no hubiera perdido su empleo, pues simplemente habría permanecido como Profesional Universitario, no se habría beneficiado de los "ascensos", y hubiera conservado su status de carrera.

Si lo anterior es así, como a mi juicio lo es, el accionante perdió los beneficios de la carrera al aceptar su primera "promoción" al margen de la ley y, por ende, no procedía la nulidad del acto administrativo demandado, debiendo ser confirmada la sentencia del Tribunal, que denegó las súplicas de la demanda.

JOAQUIN BARRETO RUIZ.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la sentencia del 23 de mayo de 1991, Exp. 1748, Actor: LUIS SOTO ALDANA

BANDA DE MUSICA DEL EJERCITO -Miembro/**PERSONAL MILITAR**-Asimilación/**PRESTACIONES SOCIALES/ASIGNACIÓN DE RETIRO/SUSTITUCION PENSIONAL**-Liquidación/**OSCILACION**

Se transmite justamente un pensión ya liquidada, y por ello, esta prestación ha debido ser liquidada con las normas vigentes a la época de su causación, pero actualizada posteriormente por el beneficio de la oscilación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá d, D. C. agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Oponente : *Doctor DiegoYounes Moreno*

Referencia: Expediente N° 5625. Resoluciones Ministeriales. Actor: Ana Florez Tovar y otras

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 27 de julio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

LA DEMANDA

Se solicita en la demanda la nulidad de la Resolución N°.2009 de 14 de mayo de 1984, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual no se ordenó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Capitán (r) del Ejercito MARTIN FLOREZ CUELLAR a Ana Elisa, Enriqueta y Rebeca Flórez Tovar.

Como restablecimiento del derecho se pide se reconozca, liquide y pague una pensión de jubilación, en cuantía equivalente al 85% del sueldo de actividad que en todo tiempo devengue un Capitán de parte de la prima de Navidad y las respectivas

mesadas adicionales, pensión que deberá reconocerse de manera oscilante, con una retroactividad de 4 años, contados a partir de la petición. Asimismo que las cantidades líquidas correspondientes devengarán intereses comerciales y moratorios, en los términos del artículo 177, inciso 5, del Código Contencioso Administrativo.

Como disposiciones violadas el libelo cita, los artículos 17, 30 y 169 de la Constitución Política anterior; artículo 1 de la ley 103 de 1912: artículo 14 de la Ley 71 de 1915; artículo 13 de la Ley 102 de 1927; artículo 22 de la Ley 75 de 1925; artículos 1 y 2 de la Ley 107 de 1928, artículos 15, 16 y 21 de la Ley 82 de 1947; artículo 114 de la Ley 126 de 1959; artículo 1 de la Ley 41 de 1973; artículo 7 Decreto 2036 de 1931; artículos 116, 119 y 147 del Decreto 2337 de 1971; artículos 1° y 4° del Decreto 1305 de 1975.

En desarrollo del concepto de la violación se alude al derecho pensional del Capitán Martín Flórez Cuellar reconocido según sentencia del Consejo de Estado por haber acreditado el tiempo necesario para obtener dicha prestación periódica, el grado militar que ostentaba el cual se deduce de la inscripción en los escalafones militares y a la vocación pensional o derecho pensional de las beneficiarias y a su cuantía.

LA SENTENCIA

El tribunal accedió parcialmente a las súplicas impetradas en la demanda (folio 94 cdno. N° 1).

El a-quo, expresó que , en el detenido estudio que se hace en el escrito demandatorio el apoderado de las demandantes debate con fundamento el argumento expuesto en el acto impugnado; que acorde con el artículo 1 de la Ley 103 de 1912 los miembros de las bandas de músicos del Ejército se reputan militares para efectos de la Ley 149 de 1896 y ésta establece pensiones y recompensas militares por muerte en el campo de batalla u otra acción de guerra o alguna función del servicio, etc, por tiempos de servicio, como en el caso del demandante; que en el citado estatuto no se hace distinción alguna respecto de los derechos de los beneficiarios de los integrantes de las bandas oficiales del Ejército reputados o asimilados a militares; que donde la ley no distingue no le es dado distinguir al intérprete; que el artículo 7 del Decreto 2036 de 16 de noviembre de 1931, invocado en el libelo, determina el derecho de los beneficiarios. entre éstos las hijas célibes del oficial que fallezca en goce de sueldo de retiro, los beneficiarios señalados en el artículo 22 de la Ley 75 de 1925; que en el caso sub-judice al momento de la muerte del pensionado, las demandantes, en calidad de hijas célibes, adquirieron el derecho a la pensión que recibía su señor padre; que como este derecho no prescribe, la prescripción sólo se aplica con relación a las mesadas abandonadas por falta de reclamación oportuna, cabe su reconocimiento desde cuatro años contados hacia atrás, conforme al artículo 127 del Decreto 2337 de 1971, a partir de la fecha de la solicitud en la vía gubernativa que en este asunto ocurrió el 13 de agosto de 1982, que en lo atinente al monto de la prestación deben tenerse en cuenta las disposiciones que se ocupan de los reajustes de

revalorización de las pensiones citadas en la demanda, concretamente el artículo 1 de la Ley 41 de 1973; que de las normas invocadas en el libelo no se desprenden el derecho de las demandantes a la pensión oscilante referenciada en la demanda (folios 86 a 95 cdno.ppal.).

LA APELACIÓN

Afirma el apelante que en la sentencia recurrida se restringe o limita la cuantía de la prestación periódica y que, por ende, la providencia debe modificarse en aras de la correcta liquidación de la pensión solicitada, que el Consejo de Estado ha manifestado que la liquidación de la pensión en estos casos debe hacerse teniendo en cuenta las disposiciones vigentes en la actualidad, que sobre el no derecho a la pensión oscilante él está consagrado desde la expedición de la Ley 107 de 21 noviembre de 1928, que la expresión "... en los términos de las vigentes al momento del fallecimiento del causante ..." deberá revocarse, para que la pensión no vaya a ser liquidada con los sueldos que regían en el año de 1942 cuando falleció el Capitán Flores Cuellar, pues la prestación no llegaría al salario mínimo (fls. 97 a 99 cdno. ppal.).

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina, que no asiste razón al Ministerio de Defensa Nacional en las consideraciones hechas en el acto administrativo acusado, de conformidad con lo estatuido en las leyes 103 de 1912 y 149 de 1896, que no obstante lo anterior las súplicas impetradas en la demanda no podrán ser satisfechas, ya que bien sea que se apliquen el Decreto 0612 de 15 de marzo de 1977, vigente para la fecha en que fue dictado el acto enjuiciado y presentado el libelo inicial, tales disposiciones imponen la necesidad al interesado de acreditar con las pruebas necesarias su dependencia económica del oficial o suboficial padre fallecido y en el caso sub-examine no se demostró en vía administrativa, ni en sede jurisdiccional el aspecto aludido (fls. 148 a 157 cdno. ppal.).

Para resolver se

CONSIDERA:

1) De acuerdo con el acto acusado, el Ministerio de Defensa Nacional niega el reconocimiento de la sustitución pensional, con fundamento en que aunque los músicos fueron asimilados a militares, no por ese motivo podía considerarse que obstentaban el grado y calidad de ellos, y dicha asimilación no conducía a que los correspondientes derechos laborales se convirtieran en derechos herenciales a la muerte del funcionario asimilado, sino que se extinguían al ocurrir el deceso del beneficiario.

2) En la vía administrativa, no se discutió la dependencia económica de la parte actora con el Capitán (r) Martín Flórez Cuellar y por consiguiente no fue

motivo de reparo por parte del Ministerio de Defensa Nacional, ni de inconformidad en el libelo demandatorio, motivo por el cual no le asiste razón a la Fiscalía de que se deba negar la sustitución pensional en virtud de que no quedó comprobada dicha dependencia económica, pues la administración no discutió este hecho.

3) Como la discrepancia entre el actor y el Ministerio de Defensa Nacional, se basa únicamente en el alcance que tiene la asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional, deberá examinarse la norma correspondiente y lo que al respecto ha dicho la jurisprudencia:

Ley 103 de 1912
Artículo 1°
"Los miembros de las bandas de música del ejército se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896 y se les computará en su hoja de servicios tanto el tiempo que hayan estado en las bandas oficiales de la Nación o de los Departamentos después del 7 de agosto de 1896, inclusive el transcurrido desde la vigencia de la Ley 17 de 1907, como el que estuviere al servicio de la República, en las bandas oficiales de los Estados Unidos de Colombia o de cualquiera de los estados de la Nación Colombiana."

4) Sobre el particular la Sala Plena del Consejo de Estado en fallo de 18 de septiembre de 1979, exp. 10.035, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, dijo:

(...)

"Las transcripciones precedentes muestran cómo los miembros de las bandas de guerra del ejército se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896 y esta asimilación se refiere exclusivamente al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, y así como los militares propiamente tales transmiten sus derechos prestacionales a sus causahabientes, igual cosa sucede con los civiles asimilados legalmente a aquéllos."

5) Igual criterio expuso esta Sala en sentencia de 10 de Agosto de 1973, con ponencia del Dr. Eduardo Aguilar Velez, en uno de cuyos apartes dijo:

"Para la Sala la cuestión no ofrece mayor problema: *Los miembros* de las Bandas de música del ejército *se reputan militares* para efectos de obtener la pensión. Si esto es así y normas posteriores a la Ley 103 de 1912, dispusieron que también a las personas que se reputan militares. Así se desprende de los antecedentes que dieron origen a la Ley de 1912. A los miembros de las bandas de música al servicio del ejército debe considerárseles como militares en servicio activo.

Ahora bien; a la muerte de un oficial que se encuentre en goce de sueldo de retiro, sus hijas célibes, a falta de la cónyuge y de hijos menores tienen derecho a

percibir las dos terceras partes (2/3) de la asignación de retiro que correspondía al militar".

6) Como la inconformidad de la parte actora con la sentencia del Tribunal, se refiere a que la pensión debe liquidarse no con base en la remuneración que tenía al momento de fallecer el causante, sino teniendo en cuenta el carácter oscilante que revisten las pensiones del personal militar, la Sala dirá que es necesario distinguir dos aspectos sobre éste particular:

El primero, relativo a la oscilación de la pensión frente al sueldo que tenga el cargo, según las variaciones que en el tiempo se sucedan, punto sobre el cual no surgen dudas, por ser clara la ley y la jurisprudencia sobre la materia.

El segundo tema, hace relación a la liquidación de la pensión que se transmite. En este caso la Sala aclara que se transmite justamente una pensión ya liquidada, y por ello, esta prestación ha debido ser liquidada con las normas vigentes a la época de su causación, pero, como se dijo, actualizada posteriormente por el beneficio de la oscilación.

No se pueden confundir las normas vigentes para liquidar la prestación, que deben ser las vigentes al momento en que se causan, con las que regulan el beneficio de la oscilación.

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:

CONFIRMANSE los numerales 1°, 3°, 4°, y 5°, del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 27 de julio de 1990, proferido con ocasión de la demanda promovida por Ana Elisa, Enriqueta y Rebeca Flórez.

Del numeral segundo, REVOCASE la expresión " en los términos de las disposiciones vigentes al momento del fallecimiento", por cuanto el Ministerio de Defensa Nacional deberá liquidar y pagar la pensión así sustituida, de manera oscilante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

En firme la presente providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente, *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Eneida Wadnipar Ramos,* Secretaria.

Exp. No. 5625

Actor: ANA FLOREZ TOVAR Y OTRAS

BANDA DE MUSICA DEL EJERCITO-Miembro/**PERSONAL CIVIL DEL EJERCITO/SUSTITUCION PENSIONAL**-Improcedencia (Salvamento de voto)

La asimilación a militares que confirió la Ley 103 de 1912 a los miembros de las bandas de música no los convirtió en tales, sino que ratificó su condición de civiles, tanto es así, que como civiles pasaron en 1913 a depender del Ministerio de Instrucción Pública, en obedecimiento al Decreto 203 de ese año; sus herederos por lo tanto no pueden reputarse "herederos de militares". El artículo 22 de la Ley 75 de 1925 no consagró una sustitución pensional sino una pensión especial para "herederos militares", luego tal prestación sólo puede otorgarse a quien demuestre esta calidad.

SALVAMENTO DE VOTO
DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Santafé de Bogotá D.C., Agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Referencia: Expediente N° 5625 Resoluciones Ministeriales. Apelación Sentencia. Actor: Ana E. Florez T. y otras.

Respetuosamente sustento mi inconformidad con la decisión mayoritaria de la Sala, en los siguientes términos:

En asunto similar conocido por esta sección y en sentencia de marzo 1°de 1991, expediente N° 1702, Actor: María Elena La Rotta Torres, con ponencia de este despacho, providencia por la cual se rectificó la jurisprudencia contenida en el fallo de agosto 10 de 1973, Magistrado ponente Doctor Eduardo Aguilar Vélez, Actor: Rosa Tulio Badillo Parada, se dijo:

"3- Al reestudiar las normas respecto de la asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del ejército, la Sala estima que debe rectificarse la jurisprudencia transcrita y retomar la anterior, expuesta entre otras, en sentencia de junio 25 de 1959 (t. LXI bis) y 4 de mayo de 1962 (t. LXIV) en la última de las cuales se dijo:

'La asimilación de los músicos de las bandas del ejército a militares no quiere decir que el causante tenga un verdadero grado militar aprobado o reconocido, pues esto sólo se logra merced al cumplimiento de las leyes y estatutos especiales que colocan al individuo dentro del la carrera militar. Dicha figura produce solamente efectos fiscales para el reconocimiento de las prestaciones sociales, las que por ser civiles, no se convierten en derechos herenciales a la muerte del causante, sino que siguen la regla general de extinguirse al deceso del beneficiario.'

La Sala en esta oportunidad prohíja esta jurisprudencia por las siguientes razones:

a) La Ley 103 de 1912 (artículo 1°) dispuso que:
'Los miembros de las bandas de música se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896'. Esta ley 'sobre recompensasy pensiones militares', prescribió en su artículo 5° que, las pensiones en cualquier caso son personales e intransmisibles.

b) La asimilación a militares que confirió la Ley 103 de 1912 a los miembros de las bandas de música no los convirtió en tales, sino que ratificó su condición de civiles, tanto es así, que como civiles pasaron en 1913 a depender del Ministerio de Instrucción Pública, en obedecimiento al Decreto 203 de ese año: 'sus herederos por lo tanto no pueden reputarse 'herederos de militares'.

c) El artículo 22 de la Ley 75 de 1925 no consagró una sustitución pensional, sino una pensión especial para 'herederos de militares', luego tal prestación sólo puede otorgarse a quien demuestre esta calidad.

d) Sólo desde el año de 1961, en virtud de la Ley 171 se consagró para el sector público la sustitución pensional.

4- En este orden de ideas, comprobado como está que el señor BUENAVENTURA LA ROTTA fue un empleado civil y que su deceso ocurrió en 1960, debe concluirse que sus herederos no tienen derecho a la pensión reclamada, porque el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 sólo otorga este derecho a los 'herederos de militares' y porque no existiendo entonces norma que permitiera la sustitución, la reconocida a su padre se extinguió, como ya lo había dicho el Consejo de Estado en 1968, al momento de su fallecimiento".

Atentamente,

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

SISTEMA NACIONAL DE SALUD/MINISTERIO DE SALUD/ADMINISTRACION DE PERSONAL-Régimen Aplicable

El Decreto 694 de 1975 en su artículo 17 incluye entre los empleos del Sistema Nacional de Salud y, por último, el artículo 1° del Decreto 1468 de 1979 despeja cualquier duda sobre a que entidades se aplican sus disposiciones, al determinar que: "El presente decreto regula la administración de personal del Ministerio de Salud, de los Establecimientos Públicos que le están adscritos, de los Servicios Seccionales de Salud. de las Unidades Regionales de Salud y de las demás entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud". De manera que la renuncia del accionante debió ser aceptada en los términos del artículo 113 del Decreto en mención y no de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973 como equivocadamente lo consideró el Tribunal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá D.C., Agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente N° 5755. Apelación Sentencia: Actior: Avaro Archila Cubillos

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 7 de diciembre de 1990 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por Alvaro Archila Cubillos contra la Nación - Ministerio de Salud.

ANTECEDENTES

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 67 del antiguo Código Contencioso Administrativo solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca hiciera las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Que es nulo el Decreto 2556 de septiembre 8 de 1983, expedido por el Presidente de la República y el Ministerio de Salud, en su artículo primero, en cuanto acepta la renuncia del Doctor ALVARO ARCHILA CUBILLOS como DIRECTOR DE MINISTERIO CODIGO 2005 GRADO 17 DE LA DIRECCION DE CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO HOSPITALARIO DE SALUD, a partir de la misma fecha".

"SEGUNDA: "Que como consecuencia de lo anterior se declare que el Doctor Alvaro Archila Cubillos, tiene derecho a ser reintegrado al cargo de DIRECTOR DE MINISTERIO 2005 GRADO 17 DE LA DIRECCION DE CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO HOSPITALARIO DEL MINISTERIO DE SALUD, o a uno de igual o superior categoría y remuneración"".

"TERCERA: Que igualmente se declare que la Nación (Ministerio de Salud), por conducto de la oficina pagadora correspondiente, está en la obligación de pagar al Doctor ALVARO ARCHILA CUBILLOS, o quien sus derechos represente, todos los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, aumentos y demás prestaciones dejadas de percibir desde el 8 de septiembre de 1983, día en que quedó separado del servicio oficial hasta que sea restablecido en forma legal".

"CUARTA: Que así mismo se disponga que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del Doctor ALVARO ARCHILA CUBILLOS, durante el tiempo que permanezca fuera del servicio". (folio 5).

El tribunal en el fallo apelado, denegó las pretensiones de la demanda por considerar que el accionante era un funcionario del Ministerio de Salud al que le eran aplicables las normas generales para los empleos de la rama ejecutiva previstas en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 y no las especiales contenidas en los Decretos 694 de 1975 y 1468 de 1979, régimen de personal del Sistema Nacional de Salud. Así, determinó que en este caso se aplicaba el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973 en cuanto a que la aceptación de una renuncia por la autoridad competente no podrá ser posterior a treinta días de su presentación.

De lo anterior concluyó que como los treinta (30) días a que se refiere el mencionado artículo son hábiles, y no calendario como lo dispone el artículo 113 del Decreto 1468 de 1979 reglamentario del Decreto 694 de 1975, la renuncia que se presentó el 5 de agosto de 1973 fue aceptada oportunamente el 8 de septiembre del mismo año y por tanto no prosperaba el cargo de ilegalidad contra el acto acusado. (fls. 45-57) (Destaca el Tribunal).

Inconforme con la decisión del a quo, el demandante al sustentar el recurso, dice que el artículo 1o. del Decreto 56 de 1975 define qué se entiende por Sistema Nacional de Salud y precisa que no sólo hacen parte de ese sistema las entidades encargadas de prestar servicios de salud, sino las entidades de derecho público que no prestando servicios de salud directamente, tengan dependencias que cumplan

esas funciones, según el artículo 6° del Decreto 356 de 1975; puntualizó que el error del Tribunal obedeció a considerar que la vinculación al Sistema Nacional de Salud se hace mediante inscripción individual, cuando lo que opera es la adscripción institucional y por consiguiente, si un organismo cumple funciones relacionadas con la salud, estará adscrito al sistema y los empleados públicos que presten sus servicios en él, se regirán por las normas especiales; termina solicitando se apliquen en este caso las normas especiales sobre la materia, se revoque el fallo recurrido y se acceda a las súplicas de la demanda. (fl. 67-70)

La Fiscalía quinta de la Corporación conceptuó que al demandante se le deben aplicar las normas de los artículos 2°. del Decreto 694 de 1975 y 1° del Decreto 1468 de 1977, por ser el accionante funcionario del Ministerio de Salud sometido a ese régimen especial, por pertenecer al Sistema Nacional de Salud. No obstante lo razonado concluye: "La renuncia fue (sic) presentada el día 5 de agosto de 1983 y aceptada el 8 de septiembre del mismo año, por lo tanto lo fue (sic) en tiempo, sin que pueda alegar de que fue (sic) extemporánea. En efecto, el 5 citado era un viernes, a partir del cual 30 días expiraban el 19 de septiembre del mismo año". (fls 74-80)

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Ciertamente como lo alega la parte actora, al accionante, que ejercía el empleo de Director de Construcciones y Mantenimiento Hospitalario del Ministerio de Salud, le era aplicable lo previsto en el artículo 113 del Decreto 1468 de 1979, reglamentario del Decreto 694 del 1975, por las siguientes razones:

El Decreto 694 de 1975, por el cual se establece el estatuto de personal para el Sistema Nacional de Salud, en su artículo 1° dispone:

> "El presente decreto regula la administración de personal de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud, de las entidades creadas, o autorizada su creación por la Ley de la República, Ordenanza, Departamental, Acuerdo Municipal, Intendencial, Comisarial, o Distrital, que prestan servicios de salud, inclusive los de la seguridad social y, de las dependencias de otras entidades del sector público que prestan servicios de atención médica.
>
> Se exceptúan las dependencias del Ministerio de Defensa Nacional que presten servicios de atención médica".

Y el artículo 6 del Decreto 056 del mismo año señala:

> "La dirección del Sistema Nacional de Salud a nivel nacional la ejerce el Ministerio de Salud Pública..."

Por otra parte, el Decreto 694 de 1975 en su artículo 17 incluye entre los empleos del Sistema Nacional de Salud, los empleos del Ministerio de Salud y, por último, el artículo 1° del Decreto 1468 de 1979 despeja cualquier duda sobre a que entidades se aplican sus disposiciones al determinar que: "El presente Decreto regula la administración de personal del Ministerio de Salud, de los establecimientos públicos que le están adscritos, de los Servicios Secciónales de Salud, de las Unidades Regionales de Salud y de las demás entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud".

De manera que la renuncia del accionante debió ser aceptada en los términos del artículo 113 del Decreto en mención y no de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto 1950 de 1976 como equivocadamente lo consideró el Tribunal.

La diferencia entre las dos normas radica que mientras el artículo 113 del Decreto 1468 de 1979 previene que la renuncia no podrá aceptarse después de treinta (30) días calendario, el artículo 113 del Decreto 1950 determina que la aceptación de la renuncia podrá ser posterior a treinta (30) días, que, de conformidad con el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal deben entenderse hábiles.

De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte que la Administración sí excedió el término de 30 días calendario que tenía para aceptar la renuncia del accionante.

En efecto, a folio 3 aparece la carta de renuncia fechada el 5 de agosto de 1983 y aun cuando en ella no obra la fecha de recibo por parte del Ministerio, la parte demandada no objetó la afirmación de la demanda sobre el hecho de que ésta fue presentada el mismo 5 de agosto y además como consta en el oficio 014907 de julio 14 de 1983, dirigido al Consejo por el jefe de División de Personal del Ministerio, a instancias de un auto para mejor proveer de la Sala, no obra en sus archivos constancia de radicación del documento, lo cual constituye cuando menos un desorden administrativo cuyas consecuencias no pueden perjudicar al demandante.

De manera que partiendo del 5 de agosto de 1983, para el cómputo del término de 30 días calendario, debe concluirse que como lo dice el demandante, la aceptación de su renuncia fue extemporánea y hay lugar a acceder a las pretensiones del libelo previa a la revocatoria del fallo apelado.

En virtud de que por el Decreto número 2164 de 1992, se reestructuró el Ministerio de Salud y que en su artículo 96 se dispuso que la supresión de un empleo o cargo como consecuencia de la reestructuración del Ministerio de Salud, dará lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos, se ordenará el reintegro del actor siempre y cuando el cargo que desempeñaba no haya sido suprimido e igualmente se limitará el pago de sueldos y emolumentos hasta la fecha de la supresión, en el evento de que ello haya ocurrido.

Por lo enunciado, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad del la ley.,

FALLA:

1. REVOCASE la sentencia de siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa (1990) pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-Sección A., en el proceso promovido por Alvaro Archila Cubillos contra la Nación - Ministerio de Salud.

2. En su lugar, declárese la nulidad del Decreto 2556 de septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y tres (1993), expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aceptó la renuncia presentada por el accionante.

3. A menos que el cargo de Director del Ministerio Código 2005, grado 17 de la Dirección de Construcciones y Mantenimiento hubiere sido suprimido a la fecha de ejecución de la sentencia, como consecuencia de la nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación - Ministerio de Salud-, reintegre al señor ALVARO ARCHILA CUBILLOS a ese cargo, o a otro de igual o superior categoría.

4. La Nación - Ministerio de Salud- pagará al señor ARCHILA CUBILLOS todos los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta el día en que sea reintegrado, o hasta el día de la supresión del empleo.

5. Para todos los efectos legales declárase que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios durante el tiempo mencionado en el numeral anterior.

6. Al actor se le descontará cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período conforme a lo dispuesto por el artículo 128 de la Constitución Política.

7. La ejecución de esta sentencia deberá ajustarse a lo señalado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día doce (12) de agosto 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.

Exp. 5755 - APEL.SENTENCIA - ACTOR: ALVARO ARCHILA CUBILLOS

PROVIDENCIA DE CONDENA/DESCUENTO-Improcedencia/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ EMPLEO PUBLICO-Inexistencia/ANALOGIA-Improcedencia (Aclaración de voto)

Las sumas a las que se condena en la sentencia confirmada, 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 el 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 contenciosa 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 esta manera en el texto constitucional, ni consignada en estos términos en la ley.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 30 DE AGOSTO DE 1993 EN EL PROCESO N° 5755.- DECRETOS DEL GOBIERNO.- ACTOR: ALVARO ARCHILA CUBILLOS.-

Santafé de Bogotá, D. C. Septiembre primero (1°) de mil novecientos noventa y tres (1993)

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 separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte 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 confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de 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, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló - de manera reiterada- algunos razonamiento 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. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, los departamentos y 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 laboral, en este punto de 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 la entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1° 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 núnca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza."
>
> "La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o 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 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 tienen su fuente de esa relación de servicio...." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Dario Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. Contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.) (Esta tesis se reiteró en el expediente N° 40.878, Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R, marzo 11/87; de igual manera, en el expd. N° 29629, Ponente H Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el exp. N° 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S. Octubre 15/85; posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada de 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 pueda 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 esta 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 GONGORA

EXPEDIENTE. N°. 5755 - DECRETOS DEL GOBIERNO - ACTOR: ALVARO ARHILA CUBILLOS.-

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Convocatoria/ACTO DE TRAMITE/ CONTROL JURISDICCIONAL-Improcedencia.

El acto de convocatoria de un tribunal de arbitramento a pesar de ser un acto de la administración, por ser parte del procedimiento previsto por la ley para dar solución a conflictos entre trabajadores y patronos es en esencia un simple acto de trámite que da inicio a la etapa final del diferendo cuya culminación es el fallo arbitral. Y como acto de trámite que es, su legalidad debe ser examinada por el juez competente para conocer de la legalidad del laudo arbitral o sea el juez de la jurisdicción ordinaria, por expresa disposición del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Santafé de Bogotá D.C., Agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*

SALA DE DECISION

Referencia. Expediente 8215.- Recurso de Súplica. Actor: Sociedad Sucesores de José de Jesús Restrepo y CIA. S.A.

Decide la sala el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto de 9 de julio de 1993, por medio del cual el Consejero Ponente inadmitió la demanda por falta de jurisdicción.

Argumentó el Consejero Ponente que las resoluciones demandadas, que llevarón a la constitución de un tribunal de arbitramento, a pesar de constituir actos administrativos, hacen parte de la actuación que se originó con la petición elevada por el sindicato de la empresa que tendrá culminación con la sentencia que dicte la Corte

Suprema de Justicia al resolver el recurso de homologación, es decir, que son actos administrativos cuyo juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, pues el efecto jurídico del fallo arbitral es ponerle fin al conflicto y tiene el carácter de convención colectiva desde el punto de vista de las condiciones de trabajo.

Precisa además, que en este aspecto la competencia de la Corte es muy amplia, pues también debe estudiar la regularidad del laudo.

EL RECURSO:

Alega el suplicante que el acto administrativo principal que se acusa del cual surgieron los restantes, es un acto de revocación directo expedido a solicitud de parte, que era improcedente a la luz de los artículos 9° de la Ley 58 de 1982 y 70 y 73 del Código Contencioso Administrativo.

Agrega que la revocación directa es una figura propia del derecho público y por ende prevista en el ordenamiento contencioso administrativo y no en el procedimiento laboral ni el Código Sustantivo de Trabajo, pues de lo contrario las relaciones obrero-patronales en el sector privado o de los trabajadores oficiales carecerían de protección de los casos de revocación directa ilegal.

Dice que la petición del sindicato que cita la providencia recurrente no es la de convocatoria de tribunal de arbitramento sino la de revocatoria directa, por lo que la constitución del tribunal sería sólo una consecuencia no necesaria, además que para la fecha en que fue proferida la resolución que revocó la N° 02068 de 1992, ordenando la constitución del ya había concluido el conflicto, razón por la cual no es la convocatoria del tribunal de arbitramentolo que se está enjuiciando ni las irregularidades ocurridas en desarrollo del conflicto colectivo, que sería la alegación en el recurso de homologación, sino que lo que se acusa es el acto de revocación directa, decisión que no se produjo dentro del conflicto no siendo entonces de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Manifiesta además, que como no se está enjuiciando un acto de convocatoria de tribunal de arbitramento, sino el acto de revocatoria de una decisión anterior que negaba tal convocatoria, no puede afirmarse que lo que se demanda es un acto de trámite, sino un auto autónomo que no forma parte de ninguna actuación porque de suyo no inicia ni impulsa ninguna actuación.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Solicita la demanda la nulidad de las Resoluciones 000299 de febrero 5 de 1993, 001134 de marzo 15 y 001540 de abril 15 del mismo año, por la primera de las cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social revocó la Resolución 02068 de 1992, que se obstuvo de convocar un tribunal de arbitramento y , en su lugar, ordenó su constitución, por la segunda dispuso la integración del tribunal y por la última rechazo por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

Esta Sala ha sostenido que el acto de convocatoria de un tribunal de arbitramento a pesar de ser un acto de Administración, por ser parte del procedimiento previsto por la ley para dar solución a conflictos entre trabajadores y patronos es en esencia un simple acto de trámite que da inicio a la etapa final del diferendo cuya culminación es el fallo arbitral.

Y como acto de trámite que es, su legalidad debe ser examinada por el juez competente para conocer de la legalidad del laudo arbitral o sea el juez de la jurisdicción ordinaria, por expresa disposición del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo.

El hecho de que la convocatoria se hubiere efectuado como consecuencia de la revocación directa de otro acto administrativo, no convierte el acto en autónomo o ajeno a la actuación que le precedió y mucho menos en acto definitivo. La convocatoria del tribunal, así provenga de la decisión de una petición, o de la resolución de un recurso ordinario o extraordinario, por su mismo contenido es un simple acto de trámite, como se quiera que con él se inicia y se da impulso a la etapa final del diferendo.

Si con la revocatoria del acto que se abstuvo de convocar el tribunal se reabrió ilegalmente un conflicto que ya había concluido, será un cargo que deberá examinar el juez ordinario conjuntamente con el laudo arbitral, no el juez administrativo, pues al hacerlo está decidiendo sobre la legalidad de la convocatoria y como ya se (..) ello no le está permitido.

Por las anteriores razones la Sala deberá confirmar la providencia suplicada.

Por lo expuesto, la sala de Decisión,

RESUELVE:

CONFIRMARSE el auto de 9 de julio de 1993, dictado dentro del presente proceso por el consejero ponente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL DESPACHO DE ORIGEN

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO/ACTO ADMINISTRATIVO/CONTROL JURISDICCIONAL/JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA (Salvamento de Voto)

La convocación del Tribunal por el Ministerio no es un mero formulismo, sino una facultad, atribución o potestad de éste. Y es elemental suponer que para adoptar esa determinación debe estudiar los antecedentes y paso que conducen a esa nueva etapa del conflicto colectivo, por manera que el acto que produce no es de simple trámite, sino que es un acto administrativo con las características del que se conoce como definitivo, porque le pone a la actuación administrativa (la que corresponde al ministerio) y resuelve directamente sobre un aspecto concreto a aquél, como es el de la procedencia del arbitramento obligatorio. En ese orden de ideas, como acto administrativo definitivo, goza de la presunción de legalidad propia de esta clase de providencias. Y es de una claridad meridiana que la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), al revisar la regularidad del laudo arbitral no puede romper ni quebrantar esa presunción de legalidad que ampara el acto administrativo de convocación del tribunal de arbitramento obligatorio. En efecto, una cosa es que el laudo, en sí mismo no sea contrario a la Constitución, la ley o las normas convencionales; y otra muy distinta, que el acto convocación del tribunal de arbitramento obligatorio, por vicios preexistentes, pueda ser legal y por tanto, nulo. Conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del C.C.A., es ésta y no la jurisdicción ordinaria, la competente para juzgar la legalidad de los actos administrativos en comento. De suyo, resultaría insólita una decisión de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), rompiendo o desvirtuando la presunción de legalidad de esos actos.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA EN EL AUTO PROFERIDO DENTRO DEL PROCESO RADICADO BAJO EL N° 8215. RESOLUCIONES MINISTERIALES. - ACTORA: SOCIEDAD SUCESORES DE JOSE DE JESUS RESTREPO Y CIA., S.A.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre primero (1°) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Con gran respeto por la tesis acogida por la mayoría de la Sala para decidir el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto de Consejero conductor del proceso que declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, me permito consignar las razones de mi disentimiento, que corresponde básicamente a las que expresé con ocasión de un asunto similar a saber:

La providencia objeto del recurso de súplica se sustenta en los siguientes:

El Consejo de Estado ha dicho en varias oportunidades que si bien las resoluciones mediante las cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convoca un Tribunal de arbitramento obligatorio son actos administrativos, en verdad forman parte de "toda una actuación que se origina con la denuncia de la convención colectiva de trabajo y culmina con la sentencia que dicta la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso extraordinario de homologación, es decir que el juzgamiento de estos actos, corresponde a la jurisdicción ordinaria".

La competencia para la solución de los conflictos laborales, tanto en el sector privado como los que surgen respecto de los trabajadores oficiales de las entidades oficiales, está asignada por la ley a la justicia ordinaria, según lo reglado por los artículos 3° y 4° del C.S. del T. y 2° , 143 del C.P.L.

La parte actora dirige su ataque contra las resoluciones del ministerio de Trabajo y Seguridad Social que, entre otras cosas, ordenaron la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, "acto de trámite, en el conflicto colectivo de intereses entre particulares, y sobre cuyo laudo o fallo arbitral, en definitiva, le correspondía dirimirlo a la justicia ordinaria laboral, mediante el ejercicio del recurso extraordinario de homologación, consagrado en el artículo 143 del C.P.L.", según lo dicho por la Sala en providencia en asuntos similares.

No obstante que las resoluciones ministeriales acusadas son actos administrativos, se ha planteado que el Consejo de Estado carece de jurisdicción para examinar su legalidad, por cuanto la ley no le ha atribuido esta competencia".

De igual manera, se ha expresado en esos pronunciamientos que actos "tales como el trámite en la declaratoria de huelga, de integración al tribunal y de actuación conjunta de los integrantes del tribunal, deben ser dirimidos por la justicia ordinaria, en desarrollo del recurso extraordinario, para que si es del caso, homologue el laudo arbitral o lo anule".

La Corte Suprema de Justicia dijo en fallos del 20 de noviembre de 1970 y 19 de julio de 1982 que "En el recurso de: homologación la competencia de la Corte no esta circunscrita a la calificación del texto del laudo, sino que la función jurisdiccional se **proyecta** sobre la naturaleza misma del conflicto, el **trámite** que se le haya dado, la **integración** del tribunal de arbitramento, el término legal que existe para proferir el laudo, prórrogas que ese plazo pueda tener, la actuación conjunta de los integrantes del Tribunal, el ejercicio mismo de las funciones arbitrales, las suspensiones, los **procedimientos** utilizados para la actuación general y para los **incidentes procesales** que se hayan presentado, la definición de fondo que se haya procedido, sus notificaciones y la concesión inclusive del recurso". (Sala Plena, homologación de julio 19/82).

Así mismo, se ha sostenido que la propia Corte dijo que en su proveído del 20 de noviembre de 1970, que esa Corporación, "no se limita a comparar las disposiciones de la sentencia con los derechos reconocidos a las partes por la Constitución, la ley o la convención colectiva vigente, para homologarla sino las afectaren, o para declararla inexequible en caso contrario. Su función es más amplia. *Examina la regularidad del laudo*, y al proceder en esta forma, no puede eludir, porque va implícito en ello, el estudio de la naturaleza del conflicto, si se han cumplido las etapas de arreglo directo, o de conciliación, si el *Tribunal ha sido integrado conforme a la ley*, si ha funcionado tal como ésta la ordena y si ha proferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia debatida. El control *jurisdiccional que otorga la ley a la Corte, es pues, completo"*.

En mi opinión las conclusiones precedentes deben reexaminarse bajo una nueva perspectiva.

En efecto, un primer aspecto esencial es el de determinar si en verdad el juzgamiento de los actos de convocación de un tribunal de arbitramento obligatorio, en cuanto "forman parte de toda una actuación que se origina con la denuncia de la convención colectiva de trabajo y culmina con la sentencia que dicta la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso extraordinario de homologación", le corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Esto es, si estamos ante un acto legítimo de "prórroga de competencia", o sea, el fenómeno que se produce cuando a un juez que inicialmente no tenía esta atribución se le extiende por mandato legal.

Los artículos 82 y 83 del C.C.A., disponen lo siguiente:

> **"Artículo 82.- Objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.-** La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley".

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno".

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley". (Decreto Ley 2304 de 1989, art. 12).

"Artículo 83.- Extensión del control.- La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto". (Decreto Ley 2304 de 1989, art. 13).

Resulta necesario, también, recordar que el artículo 50 del C.C.A. consagra en su inciso final, que:

"Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla". (Se destaca en negrilla lo pertinente).

Ahora bien, el artículo 2° del C.S. del T. establece que las relaciones de Derecho Colectivo de Trabajo de los empleados oficiales, y entre ellos los trabajadores oficiales se rigen por este estatuto.

Por su parte el artículo 143 del C.P.L., en el cual se apoya el auto suplicado, reza:

"HOMOLOGACION DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES.- El laudo que profiere un tribunal especial de arbitramento, cuando el arbitraje fuere de carácter obligatorio, será remitido con todos sus antecedentes al Tribunal Supremo del Trabajo (hoy Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema), para su homologación, a solicitud de una de las partes o de ambas, presentada dentro de los tres días siguientes a de su notificación. El tribunal, dentro del término de cinco días, **verificará la regularidad del laudo y lo declarará inexequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario**". (Se destaca en negrillas).

Si el tribunal hallare que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros, con el fin de que se pronuncien sobre ellas, señalándoles plazo al efecto, sin perjuicio de que ordene, si lo estima conveniente, la homologación de lo ya decidido".

Es menester observar, entonces, que la tarea en estos casos le asigna el legislador a la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), es la de "VERIFI-

CAR LA REGULARIDAD DEL LAUDO". Otra cosa es que le asigne la competencia para estudiar la legalidad, inclusive, de la convocación del tribunal de arbitramento, lo cual no surge, - prima facie, al menos-, del texto anterior.

A su vez, el artículo 452 del C.S.del T., subrogado por el 34 del Decreto Ley 2351 de 1965, sobre PROCEDENCIA DEL ARBITRAMENTO", señala:

"1. Serán sometidos a arbitramento obligatorio:

a) Los conflictos colectivos del trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación, y

b) Los conflictos colectivos del trabajo en que los trabajadores optaren por el arbitramento, conforme a lo establecido en el artículo 31 de este decreto.

2. Los conflictos colectivos en otras empresas podrán ser sometidos a arbitramento voluntario por acuerdo de las partes".

Del mismo modo, el artículo 3° de la Ley 48 de 1968, numeral 2, dispone:

" En cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos, los trabajadores en asamblea general podrán solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores como proyecto de convención colectiva o de pacto colectivo de trabajo, **sean sometidas al fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio constituido por la forma que se determinará más adelante.**

El Ministro del Trabajo, de oficio o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de éstos, de los trabajadores, en asamblea general someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desea no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro del término máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido, **y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al tribunal de arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo**". (Se destaca en negrillas).

Como es sabido, el numeral 3 del mismo estatuto dispone cómo se compone o entrega el tribunal.

De lo anterior se desprende que la convocación del Tribunal por el Ministerio no es un mero formulismo, sino una facultad, atribución o potestad de éste. Y es ele-

mental suponer que para adoptar esa determinación debe estudiar los antecedentes y pasos que conducen a esa nueva etapa del conflicto colectivo, por manera que el acto que produce no es de simple trámite, sino que es un acto administrativo con las características del que se conoce como definitivo, porque le pone fin a la actuación administrativa (la que corresponde al ministerio) y resuelve directamente sobre un aspecto concreto de aquél, como es el de la procedencia del arbitramento obligatorio.

En ese orden de ideas, como acto administrativo definitivo, goza de la presunción de legalidad propia de esta clase de providencias. Y es de una claridad meridiana que la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), al revisar la regularidad del laudo arbitral no puede romper ni quebrantar esa presunción de legalidad que ampara el acto administrativo de convocación del tribunal de arbitramento obligatorio.

En efecto, una cosa es que el laudo, en sí mismo no sea contrario a la constitución, la ley o las normas convencionales; y otra muy distinta que el acto de convocación del tribunal de arbitramento obligatorio, por vicios preexistentes, pueda ser ilegal, y por lo tanto, nulo.

Porque no debe olvidarse que cuando la ley le asigna esa atribución al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social lo que hay de por medio es una razón política, de Estado, en cuanto a éste le conciernen el manejo de la paz laboral y de la economía nacional, profundamente comprometida con el desenvolvimiento de la negociación colectiva, pues que de allí se desprenden o al menos se ajustan las directrices gubernamentales en materia de empleo y otros frentes.

Por estas mismas razones, es incuestionable que la providencia suplicada yerra cuando afirma que la ley no le ha atribuido competencia para examinar la legalidad de esta clase de actos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues en verdad se trata de todo lo contrario, es decir que conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del C.C.A., es ésta y no la jurisdicción ordinaria, la competente para juzgar la legalidad de los actos administrativos en comento. De suyo, resultaría insólita una decisión de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), rompiendo o desvirtuando la presunción de legalidad de éstos actos.

Lo que ocurre, como ya se anotó, es que en tratándose del arbitramento obligatorio, lo que hacen los árbitros y lo que juzga la Corte es lo que habrían podido acordar o convenir directamente las partes; en cambio, el acto de convocación es un típico acto administrativo, exclusivo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, cuyo censor de legalidad no puede ser otro que esta jurisdicción; no la ordinaria.

No sobra destacar que la Sala ha hecho hincapié en que la propia Corte ha sostenido que ella es la que examina "**la regularidad del laudo**" **y "si el tribunal ha sido integrado conforme a la ley"**; *más no examina, -ni puede hacerlo-, la legalidad del acto de convocatoria del tribunal.*

Por consiguiente, con fundamento en estos razonamientos, considero que la Sala de decisión debió revocar el auto suplicado, y en su lugar, disponer admisión de la demanda.

Con todo acatamiento,

CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

TEORIA DE LOS MOVILES Y FINALIDADES/SINDICATO/ PERSONERIA JURIDICA/ ACCION PUBLICA DE NULIDAD/DERECHO DE ASOCIACION

Como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el ejercicio de las acciones contencioso administrativas no es arbitrario ni caprichoso, sino que en cada caso debe hacerse uso de la acción que la ley determina, ya que aquellas tienen sus propias características y persiguen fines específicos. Para establecer la naturaleza de cada acción es necesario tener en cuenta la finalidad que buscó el demandante y de esta forma determinar la viabilidad de la una o de la otra, independientemente de la generalidad o la particularidad del acto que se acusa. En casos en los que se controvierte el reconocimiento de personería jurídica a agrupación sindical, -requisito que dicho sea de paso desapareció desde la vigencia de la ley 50 de 1990- el Consejo de Estado ha variado su jurisprudencia y de tiempo atrás admite aplicando la teoría de los móviles y finalidades, que decisión administrativa de tal naturaleza puede ser acusada ante la jurisdicción en cualquier tiempo, en interés del orden jurídico, puesto que no cabe afirmar válidamente que quien demanda pretenda un restablecimiento de derechos particulares ni que éste se produzca automáticamente.

SINDICATO-Afiliación/ **TRABAJADOR**-Prohibición/ **ACTIVIDAD EMPRESARIAL IGUAL/ SINDICATO/ PERSONERIA**-Improcedencia.

El artículo 360 del C.S.T. prohíbe la afiliación de los trabajadores a más de un sindicato de la misma clase, y también de la misma actividad, entendiendo por tal la actividad de las empresas ante las cuales los sindicatos van a actuar. Es lógico deducir que la actividad a la cual se refiere, es la de las empresas donde funciona el sindicato del cual es miembro el trabajador que pretende conformar otro que tiene que ver

con la misma actividad. Si el asunto se analiza desde el punto de vista de la representación sindical, en caso de que pudiera haber trabajadores de una misma empresa afiliados a varios sindicatos que actúan en ella, resultaría imposible establecer cuál es que tiene mayor número de afiliados, puesto que no se sabría en cual de ellos contar a quienes pertenecen a más de uno.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá D.C., treinta y uno (31) de Agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Doctora. Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N° 3393. Resoluciones Ministeriales Actor: José E. Arboleda Valencia.

El doctor José E. Arboleda Valencia, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita ante el Consejo de Estado, declarar la nulidad de la Resolución N° 01818 de 2 de Junio de 1987 expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se resuelve una petición de revocatoria directa, se decide revocar la Resolución N° 04002 de 30 de octubre de 1986, se reconoce personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de Industria USTRAPETROL, se aprueban los estatutos de dicha organización adoptados en reunión celebrada el 2 de Julio del citado año y se ordena a la División de Relaciones Colectivas del Trabajo del referido Ministerio, la anotación e inscripción en el registro sindical de la Junta Directiva de USTRAPETROL (folios 36 y 37 del cuaderno principal).

HECHOS

Los expuestos en la demanda y en la adición de la misma (folios 10 a 16 y 28 a 33 ibídem) pueden resumirse así:

1. Un grupo de personas solicitó al Ministerio el reconocimiento de personería jurídica de USTRAPETROL.

2. Dicha personería fue negada por la Resolución N° 04002 de 30 de Octubre de 1986, por considerarse que esta nueva asociación sindical infringía el artículo 360 del Código Sustantivo del Trabajo que prohibe pertenecer a varios sindicatos de la misma clase o actividad.

3. 21 de los trabajadores que hicieron la petición tienen la calidad de directivos de organizaciones sindicales de base, dependientes de empresas dedicadas a la actividad objeto del sindicato en formación, cuales son: Texas Petroleum Company, Terpel Bucaramanga S.A., ESSO Colombiana S.A., Hocol. S.A. y Anson Drilling.

4. Contra la mencionada resolución, el Presidente y el Secretario de la Junta Directiva Provisional de USTRAPETROL pidieron revocatoria directa, solicitud a la que se accedió a través del acto acusado.

5. El Ministerio al proferir la resolución impugnada violó el artículo 360 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual permite acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa por conducto del contencioso objetivo de anulación, puesto que el fin buscado en el caso sub lite es la protección de la legalidad infringida con un acto que produce efectos jurídicos erga-omnes, ya que reconoce una personería jurídica que funciona respecto de todos los asociados, en virtud de la naturaleza constitutiva de una persona moral.

6. El Ministerio le dio trámite a la petición de revocatoria directa hecha por personas carentes de personería para hacerlo, toda vez que habían transcurrido más de seis meses desde la elección del Presidente y Secretario, habiéndose vencido su período de conformidad con la ley; por lo cual la petición debió ser suscrita y presentada personalmente por lo menos por 20 afiliados al nuevo sindicato.

7. El Ministerio al dictar el acto impugnado, incurrió en una serie de irregularidades, a saber:

a) El acta de fundación del sindicato no cumple con los requisitos legales.

b) La solicitud de personería jurídica no se presentó como lo exige el artículo 364 del mencionado Código.

c) No se acompañaron documentos de ley, especialmente la certificación sobre sindicato paralelo (art. 364 C.S. del T.).

d) No se llevó a cabo el control de legalidad sobre los estatutos de la nueva organización obrera, siendo éstos violatorios de varias disposiciones legales.

8. El Ministerio antes de decidir sobre la procedencia o no de la petición, debió emplazar o citar a los interesados en la nueva entidad sindical, como los sindicatos de base, los otros sindicatos de industria y las empresas afectadas, cuyos nombres conocía.

9. No se indicó ninguna de las causales de ley para la revocatoria directa, por lo cual el acto también es nulo.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

El capítulo de libelo y su adición, sobre este tópico, se sintetizan así:

1. El ministerio con el acto enjuiciado desconoció el artículo 360 del Código Sustantivo del Trabajo, porque permitió la formación de un sindicato con trabajado-

res que pertenecían a otros sindicatos con identidad de fines; esta disposición comporta una doble prohibición al utilizar en forma disyuntiva las expresiones clase o actividad; por ende, no se puede pertenecer simultáneamente a varias clases de sindicatos o a aquellos que tengan igual actividad, como sucede con los de base y de industria cuando están destinados a afiliar trabajadores de empresas dedicadas a igual objeto social, y es el caso de las empresas petroleras; al analizar dicho artículo del código y su relación con la resolución impugnada, pierde todo piso la doble argumentación del Ministerio para no darle aplicación en este asunto; la parte motiva del acto acusado manifiesta que resulta oscuro e inexplicable el artículo 360 del código, por cuanto no le encuentra sanción o consecuencia práctica alguna; sin embargo, la violación a una prohibición legal trae como consecuencia la nulidad del acto expedido en contra del ordenamiento legal, máxime cuando se trata de normas en las que esta comprometido el orden público, como lo es la reglamentación en materia laboral; la resolución enjuiciada se basa en sentencia de 15 de junio de 1979 de esta Corporación, Magistrado Ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada, cuyo tema es la posibilidad de que coexistan dos sindicatos de industria a los que pueden afiliarse diferentes trabajadores, dejando siempre a salvo el artículo 360 del Código Sustantivo del Trabajo; a la referida jurisprudencia no se le puede hacer decir lo que no afirma al tratar de aplicar su doctrina a causas distintas de aquellas que fueron decididas y menos en este caso cuando de manera expresa la misma providencia había sostenido que la limitación a pertenecer a dos sindicatos de igual actividad encontraba una fuente constitucional y por consiguiente debía ser aplicada.

2. Violación de las disposiciones sobre representación de los sindicatos en formación, acorde con los artículos 364 y 390 del Código Sustantivo del Trabajo, pues la petición de revocatoria directa hecha por el Presidente y secretario de la Junta Provisional de USTRAPETROL cuando ya habían transcurrido más de 30 días luego de la notificación de la resolución que le negó la personería jurídica, por lo que sus funciones habían desaparecido, razón por la cual no debió ser tramitada, desconociéndose además el artículo 69, inciso primero del C.C.A.; la petición de revocatoria debió hacerse por 20 trabajadores o sus apoderados y no por una directiva provisional sin capacidad para tal efecto; revocar una decisión administrativa no implica necesariamente adoptar una decisión contraria; si en este asunto se pensara que se había violado el artículo 360 del Código Sustantivo del Trabajo, y por este motivo debía revocarse la Resolución N° 04002 de 1986, el Ministerio debió estudiar todos los demás aspectos de la solicitud, incluyendo los pedidos en la adición de la demanda como lo ordena el artículo 59 del C.C.A.

3. Violación del artículo 74 del C.C.A., en concordancia con los artículos 14, 28, 30 y 46 ibídem, ya que el Ministerio no notificó a ninguno de los interesados, pese a tener conocimiento de ellos en sus propios archivos; la actuación que dio origen a la resolución que se buscaba revocar, no hizo ninguna publicación de las que ordena el articulo 28 del C.C.A.; al no haberse realizado las publicaciones y notificaciones de ley, se desconoció el derecho de defensa y el de petición, tanto a los sindicatos de base como a las empresas, ya que no pudieron exponer sus puntos de vista, lo que seguramente habría cambiado la decisión del Ministerio.

4. Violación directa del artículo 69 del C.C.A., teniendo en cuenta que de la lectura de la parte motiva del acto acusado se pone en evidencia que no existe una oposición manifiesta entre la resolución que se revoca y el artículo 360 del código citado, toda vez que para proceder a revocarla concluye que esta norma es inoperante, inexplicable y, por ende, no puede ser aplicada a USTRAPETROL. Se afirma que es absurda la resolución enjuiciada si se analiza desde el punto de vista de la causal invocada para revocar la Resolución N° 04002 de 1986, pues sostiene que el mencionado artículo puede dar pie para pensar que este acto administrativo esté bien proferido, pero como la norma es oscura, no es dable aplicarla y decide revocar el acto; por consiguiente, es evidente que el fundamento de la Resolución N° 01818 de 1987 interpreta una disposición para darla como jurídicamente ineficaz, deducción que excluye a todas luces la "sencilla comparación" , indispensable para que se pueda revocar un acto argumentando su oposición manifiesta a la ley. Así las cosas, en el caso sub examine se desconoció de manera ostensible el artículo 69, inciso 1 del C.C.A.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado de USTRAPETROL (Folio 82 del cuaderno principal) se opone a las pretensiones de la parte actora, por las razones que expone en escritos que obran a folios 59 a 65 y 99 a 101 ibídem y plantea las excepciones de ilegitimidad en la personería sustantiva del actor, trámite inadecuado de la demanda, caducidad de la acción y constitucionalidad y legalidad del acto enjuiciado. De igual modo lo hace el señor Alfredo Castaño Martínez como parte Impugnadora (folio 83 ibídem) en escritos que constan a folios 69 a 81 y 87 a 93, quien plantea las excepciones de inepta demanda, falta de jurisdicción y competencia, y caducidad de la acción.

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Novena del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que debe proferirse fallo inhibitorio en este asunto, por prosperar algunas de las excepciones formuladas.

Manifiesta la agencia del Ministerio Público que el acto acusado es de carácter particular y subjetivo, pues afecta a personas determinadas, como serían los trabajadores, patrones o empresas; que como lo dice la propia parte demandante en la adición de libelo y lo analiza uno de los impugnadores, el verdadero móvil de la acción es el interés particular de las empresas y patronos, toda vez que éstos son los que van a recibir los pliegos de peticiones y los que deben negociar las convenciones colectivas; que el actor entonces debió acreditar su interés jurídico como titular de la acción, o el poder a él otorgado por quienes sí lo tienen, lo cual no ocurrió en el caso sub judice; que en eventos como éste es indispensable demandar dentro de los cuatro meses que la ley indica como término hábil, pues su transcurso indica la caducidad de la correspondiente acción, que fue lo que sucedió en el caso sub examine, ya que se disfrazó una acción por otra que sí se puede incoar en cualquier tiempo (folios 178 a 181 cuaderno principal).

Cumplido el trámite de ley, se decide previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Examinará la Sala en primer término las excepciones propuestas por los impugnadores, a saber: ilegitimidad de personería sustantiva del actor, trámite inadecuado de la demanda y caducidad de la acción.

Como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el ejercicio de las acciones contencioso administrativas no es arbitrario ni caprichoso, sino que en cada caso debe hacerse uso de la acción que la ley determina, ya que aquellas tienen sus propias características y persiguen fines específicos.

El artículo 85 del C.C.A. establece la acción de restablecimiento de derecho, la cual tiene sus rasgos propios que la diferencian de la simple nulidad regulada en el artículo 84 ibídem.

Para establecer la naturaleza de cada acción es necesario tener en cuenta la finalidad que buscó el demandante y de esta forma determinar la viabilidad de la una o de la otra, independientemente de la generalidad o la particularidad del acto que se acusa.

La acción de restablecimiento del derecho, se caracteriza fundamentalmente porque tiene como objetivo básico el reconocimiento del derecho desconocido por el acto administrativo impugnado. Existe un interés particular lesionado que la mencionada acción tutela para subsanar el perjuicio causado a la persona, derivado del acto administrativo que a su vez infringe una norma superior que protege un derecho subjetivo.

Por el contrario, la acción de nulidad tiene por finalidad única, la protección del orden jurídico en general y pretende mantener el imperio de la legalidad objetiva, impersonal y abstracta.

En esta acción no puede haber un interés individual y subjetivo como sucede con la acción hoy llamada "de nulidad y restablecimiento del derecho".

En casos como el que ahora ocupa la sala, en los que se controvierte el reconocimiento de personería jurídica a una agrupación sindical, -requisito que dicho sea de paso ya desapareció desde la vigencia de la ley 50 de 1990- el Consejo de Estado ha variado su jurisprudencia y de tiempo atrás admite, aplicando la teoría de los móviles y finalidades, que una decisión administrativa de tal naturaleza pueda ser acusada ante la jurisdicción en cualquier tiempo, en interés del orden jurídico, puesto que no cabe afirmar válidamente que quien demanda pretenda un restablecimiento de derechos particulares ni que este se produzca automáticamente.

El derecho de asociación es un derecho fundamental consagrado en la Constitución y es la sociedad en general la que tiene interés jurídico en que se ejerza adecuadamente; pero nadie puede invocar interés particular en las resultas del juicio.

Por tal razón, es perfectamente procedente en este caso la acción pública de nulidad y no prosperaran, en consecuencia, las excepciones propuestas.

En cuanto al problema de fondo planteado, la Sala observa lo siguiente:

Se acusa la resolución demandada de violar el artículo 360 del C. S. del T. por cuanto los trabajadores que fundan el sindicato pertenecen ya a otros sindicatos de base de empresas que se dedican a la explotación de petróleos.

Para la Sala, este artículo prohíbe la afiliación de los trabajadores a más de un sindicato de la misma clase, y también de la misma actividad, entendiendo por tal actividad de las empresas ante las cuales los sindicatos van a actuar.

En efecto, la redacción de la norma en cuanto a este aspecto no es clara, si se piensa que la actividad de los sindicatos, sea cualquiera su clase, es muy similar. Por ello es lógico deducir que la actividad a la cual se refiere, es la de las empresas donde funciona el sindicato del cual es miembro el trabajador que pretende conformar otro que tiene que ver con esa misma actividad.

Respecto a la clase no hay ninguna duda, puesto que el artículo 356 de C. S. del T. hace la clasificación de los sindicatos y por ello fácil su diferenciación.

El artículo 357 del C. S. de. T. refuerza la anterior interpretación, pues si el asunto se analiza desde el punto de vista de la representación sindical, en caso de que pudiera haber trabajadores de una misma empresa afiliados a varios sindicatos que actúan en ella, resultaría imposible establecer cual es el que tiene mayor número de afiliados, puesto que no se sabría en cual de ellos contar a quienes pertenezcan a más de uno.

En el caso concreto de los autos y según se dejo consignado en la resolución 4002 de 30 de octubre de 1986, quienes pretendían el reconocimiento de personería jurídica de la nueva organización sindical denominada Unión Sindical de Trabajadores de la Industria del Petróleo "USTRAPETROL", se encontraban en su gran mayoría -21 a 29- afiliados a sindicatos de base de empresas dedicadas a la industria del petróleo, como son la Texas Petroleum Company, Terpel Bucaramanga S.A., Esso Colombiana S.A., Hocol S.A. y Anson Drilling.

Ante esta realidad, el Ministerio del Trabajo había analizado el alcance del artículo 360 de C. S. del T., llegando a la conclusión que condujo a negar el reconocimiento de personería solicitado, por encontrarse los fundadores del sindicato en formación incursos en la prohibición contenida en dicha norma.

Realmente, a juicio de la Sala, el nuevo examen que de ella se hizo no ameritaba la revocatoria de la decisión anterior, pues los trabajadores si quedarían afiliados a dos sindicatos de la misma actividad, aun cuando no fueran de la misma clase, y cualquiera de esas dos hipótesis está prohibida en el artículo 360.

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

Declárese nula la Resolución N°1818 del 2 de junio de 1987, expedida por el señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social, por la cual, al resolver una petición de revocatoria directa, revocó la Resolución N° 04002 del 30 de octubre de 1986, reconoció la personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de industria denominada Unión Sindical de Trabajadores de la Industria del Petróleo "USTRAPETROL" y aprobó sus estatutos.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto de 1993.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Pedro Charria Angulo, conjuez, *Eneida Wadnipar Ramos,* Secretaria.

Expediente N° 3393. Resoluciones Ministeriales. Actor: José Enrique Arboleda Valencia.-

SINDICATOS/ESTATUTOS-Reforma/**ESTATUTO**-Aprobación /**MINISTERIO DE TRABAJO**-Facultades/**ASAMBLEA GENERAL**-Aprobación.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá reconocer la personería jurídica y aprobar los estatutos de un sindicato, siempre que éstos no sean contrarios a la constitución, a las leyes, o a las buenas costumbres o contravengan disposiciones especiales de este código (art. 366 C.S.T.). A su vez el art. 365 faculta al ministerio para que una vez recibida la solicitud por el departamento nacional de Supervigilancia Sindical, antes de aprobar o improbar los estatutos este dispone de 15 días para examinarlos y hacer las observaciones que considere pertinentes a fin de que sean corregidos los errores que se observen, haciendo viable el reconocimiento. De la simple comparación de los estatutos reformados con su original, puede concluírse, acorde con lo expuesto en el Ministerio de Trabajo que tales reformas, por o ser de fondo, sino simples correcciones que en nada variaron el sentido, ni hicieron cambios sustanciales a los estatutos no necesitaban ser aprobadas por la asamblea general del sindicato. Es más, en el evento de que algunos arts. de los estatutos no se ajusten a derecho, "serán concretamente estos arts. que hacen parte de la resolución aprobatoria, los que desaparecerán de la vida jurídica del sindicato, que aún sin ellos puede subsistir.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C.. tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente N° 4473. Resoluciones Ministeriales. Actor: Suministros de Colombia S.A.

Suministros de Colombia S.A. "SUMICOL" a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita del Consejo de Estado que en sentencia definitiva se pronuncie en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo contenido en las resoluciones números 02924 de 4 de agosto de 1988, por la cual se reconoció personería jurídica al Sindicato de Trabajadores de Suministros de Colombia S.A., aprobó sus estatutos y ordenó la inscripción en el Registro Sindical de la Junta Directiva del mencionado sindicato, y 000429 de 13 de febrero de 1989, por la cual se negó el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra la primera resolución anotada.

Como hechos de la demanda relaciona los siguientes:

1. Que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por resolución No. 2924 de 4 de agosto de 1988 reconoció personería jurídica al Sindicato de Trabajadores de Suministros de Colombia S.A. "SINTRASUMICOL" y ordenó la inscripción de la Junta Directiva de dicha agremiación en el Registro Sindical. Que contra dicha decisión el demandante interpuso recurso de resposición, el cual fue negado mediante la resolución 000429 de 13 de enero de 1989.

2. Que el señor Ministro e Trabajo y Seguridad Social, al proferir el acto acusado no tuvo en cuenta los siguientes hechos:

A) Que el sindicato en formación no dio el aviso que, según el artículo 1o. del decreto 672, debe darse al Inspector del Trabajo y al Comandante de la Brigada que tengan jurisdicción en el lugar donde deba efectuarse la reunión.

B) La falta de notificación al patrono de la voluntad de los empleados de constituir un sindicato.

C) De acuerdo a lo estatuído en el artículo 364 del C.S.T., las solicitudes de reconocimiento de la personería jurídica de los sindicatos que se pretendan formar, deben ir acompañadas de las copias de las actas de su fundación, lo que, según el actor, no ocurrió en el presente caso, pues, solamente aparece suscrita por quien se dice presidió la reunión y el Secretario de la misma.

D) Que mediante auto de 16 de marzo de 1988, el Ministerio devolvió la documentación por encontrarla incompleta, y que no obstante lo dispuesto en el artículo 12 del C.C.A., que establece que el funcionario entrará a decidir sin que se puedan pedir más complementos, el Ministerio volvió a pedir una nueva "complementación a la información aportada, ya que la suministrada en cumplimiento del auto de 16 de marzo de 1988 llegó incompleta. Este nuevo requerimiento, ilegal a todas luces, fue satisfecho en 15 de julio de 1988".

E) Que a solicitud del Ministerio del acta fue modificada, sin que se hubiera reunido una vez más la asamblea, con clara violación del art. 369 del C.S.T., que prescribe que toda modificación de los estatutos debe ser aprobada por la asamblea y debe hacerse constar las reformas introducidas y firmarse por todos los asistentes.

F) Que a la reunión de constitución del sindicato asistieron personas extrañas a quienes pretendían fundar la organización sindical.

G) Que la solicitud de reconocimiento de personería jurídica no tiene la nota de presentación personal de los empleados fundadores del sindicato, como lo exige la ley.

Estima el actor que los actos acusados violaron los artículos 2o., 12 y 13 del Código Contencioso Administrativo; único del decreto 672 de 1956; 19, 359, 363, 364 y 357 del C.S.T. y 189 del Código de Comercio.

El concepto de la violación aparece expuesto a folios 81 a 84 del cuaderno principal.

La Fiscal Quinto del Consejo de Estado, después de hacer un análisis a los diferentes cargos que el actor hace a los actos acusados, estima que debe accederse a las pretensiones de la demanda por haberse pretermitido en la actuación administrativa que dio lugar a éstos, el procedimiento que legalmente correspondía adelantar. En relación con la presentación personal de reconocimiento de personería, dice la agente fiscal "se tiene que las normas exigen que esta debe hacerse mediante presentación personal, por lo menos de 20 fundadores con firmas autógrafas. En el presente caso, se solicitó el reconocimiento de la personería jurídica del sindicato a que se refiere esta contestación, el día 15 de febrero de 1988. El 16 de marzo de 1988, el Ministerio de Trabajo decidió devolver la documentación al Presidente de la Organización Sindical en formación, para que subsanara unas fallas, entre las cuales se encuentra la de que "la solicitud de reconocimiento y personería jurídica debe presentarse por lo menos por veinte de los fundadores y en esta solicitud como en ningún otro documento del expediente se aceptan firmas en fotocopias, debe ser todas en original" (fl.5 -2° cuaderno). El 11 de abril de 1988, el sindicato en formación envió nuevamente al Ministerio la documentación."

"Entiende el despacho que la solicitud de reconocimiento de personería jurídica señalada en el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo, debe hacerse mediante apoderado especial o mediante la presentación personal de 20 de los fundadores cuando menos. La resolución 479 de 1973, en su artículo 1°, nos permite reforzar este acerto. En efecto en la norma señalada se establece que:

"...A) La solicitud respectiva deberá ser elevada al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por conducto de la División de Relaciones Colectivas del Tra-

bajo, por no menos de 20 de los fundadores del Sindicato. Dicha solicitud deberá estar acompañada de todos los documentos a que se refiere el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo y deberá presentarse personalmente ante la División o Sección Departamental de Trabajo correspondiente, ante el Inspector de Trabajo del domicilio de la Empresa o Patrono a la cual pertenezca el sindicato o ante el Alcalde del lugar, para su autenticación...."

"De lo anteriormente señalado se deduce claramente que lo que quiso el legislador al establecer tal exigencia, fue la de llevar a la administración la certeza de que las personas solicitantes eran las fundadoras de la Organización Sindical y la forma valedera para establecer el cumplimiento de este requisito, era la aludida presentación personal. Así las cosas, si la referida Organización Sindical pretendía el reconocimiento de su Personería Jurídica, ha debido cumplir con la exigencia señalada. No lo hizo así o por lo menos no se probó, por lo que resulta forzoso concluir que se pretermitió el trámite ordenado en la ley. También se anota que la solicitud presentada no tiene ningún sello de la presentación personal del Presidente Provisiional o de alguna otra persona iteresada, y los estatutos que figuran en el expediente no están autenticados por el Secretario Provisional de la futura Organización Sindical.

"En cuanto a lo argumetado sobre los estatutos, se anota que estos no fueron aprobado por la Asamblea, además, las copias traídas a los autos, no tienen ningún sello de autenticación por parte de la Secretaría Provisional del Sindicato. Sin embargo, si fueron aprobados conforme a la ley, pero modificados a petición del Ministerio, mediante auto de 16 de marzo de 1988. Estas modificaciones no fueron aprobadas por la Asamblea General, violándose en esta forma los artículos 369 del Código del Trabajo, y el 16 de la ley 11 de 1984. Luego los artículos cambiados en los estatutos no fueron aportados en debida forma ante la administración, por no haber sido aprobados por la Asamblea General, no sucediendo lo mismo con los demás.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El actor acusa de nulidad las resoluciones 02924 de 4 de agosto de 1988, por lo cual se reconoció la personería jurídica, aprobó los estatutos y ordenó la inscripción de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de Suministros de Colombia S.A. "SINTRASUMICOL" y 000429 de 13 de febrero de 1989 que confirmó en todas sus partes el contenido de la resolución anteriormente citada.

Entra la Sala a analizar, en su orden, los cargos que se hacen en la demanda al acto acusado:

Invalidez de la Asamblea de Constitución.

Arguye el actor que la asamblea de constitución del sindicato se efectuó ilegalmente, pues, no se dio el aviso a las autoridades que ordena el artículo único del Decreto 672 de 1956. Estima la Sala que la citada norma se refiere a las reuniones que lleven a cabo los sindicatos ya establecidos, no a las reuniones que efectúen los empleados con miras formarlos, pues, no puede tener representación legal una persona inexistente, que no a nacido a la vida jurídica.

Notificación a la empresa.

Se dice en la demanda que no se cumplió el ordenamiento del artículo 163 del C.S.T. que establece la obligación de notificar al patrono la voluntad de los trabajadores de constituir un sindicato y que ésta no se hizo personalmente. Ahora bien, la notificación personal a que alude el demandante y la forma de hacerla consagrada en el artículo 320 del C. de P. C.. que, según la colaboradora fiscal, debió seguirse para hacer la notificación, no es aplicable al caso sub-judice, pues, tanto el precepto legal contenido en el artículo 163 como las demás normas del C.S.T., que rigen la materia, son normas especiales y es sabido que éstas prefieren a las generales.

Estando demostrado dentro del proceso que el presidente y el secretario sí comunicaron por escrito al patrono su voluntad de crear un sindicato, dándose cumplimiento al artículo 163 precitado, este cargo, como el anterior, no tiene vocación de prosperidad.

Acta de Fundación.

Con relación a este cargo se dice en la demanda que no se cumplió con el mandato del artículo 364 del C.S.T. cuando estatuye que a la solicitud de reconocimiento de personería jurídica de un sindicato, debe acompañarse copia del acta de constitución con las firmas autógrafas de los asistentes. Tanto es así, que no se aportaron que posteriormete, a solicitud del Ministerio de Trabajo, se agregaron algunas hojas con firmas que no hacen relación al acta. Además, agrega, las reformas a los estatutos recomedadas por el Ministerio no las efectúo la asamblea, como lo ordena el artículo 366 del C.S.T.

Ahora bien, de acuerdo a los preceptos legales que rigen la materia, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá reconocer la personería jurídica y aprobar los estatutos de un sindicato, siempre que éstos no sean contrarios a la Constitución, a las leyes, o a las buenas costumbres o contravengan disposiciones especiales de este Código (art. 366 C.S.T.). A su vez el artículo 365 faculta al Ministerio para que una vez recibida la solicitud por del Departamento Nacional de Supervigilancia Sindical, antes de aprobar o improbar los estatutos, éste dispone de quince días para examinarlos y hacer las observaciones que considere pertinentes a fin de que sean corregidos los errores que se observen, haciendo viable el reconocimiento.

Consta en autos que el Ministerio de Trabajo al hacer el estudio de la documentación encontró algunos errores, por lo cual, en cumplimiento del artículo 365 antes

citado, por auto de 16 de marzo de 1988, hizo las observaciones para que dichos errores fueran corregidos, (folio 5, 2° cuaderno). Tales recomendaciones fueron atendidas por el sindicato mediante oficio de 4 de abril de 1988 (folio 8, 2° cuaderno).

De la simple comparación de los estatutos reformados con su original, puede concluirse, acorde con lo expuesto por el Ministerio de Trabajo que tales reformas, por no ser de fondo, sino simples correcciones que en nada variaron el sentido ni hicieron cambios sustanciales a los estatutos, no necesitaban ser aprobadas por la asamblea general del Sindicato. Es más, en el evento de que algunos artículos de los estatutos no se ajustaren a derecho, "serán concretamente estos artículos que hacen parte de la resolución aprobatoria, los que desaparecerán de la vida jurídica del Sindicato, que aún sin ellos puede subsistir. "Este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

Solicitud de Reconocimiento de Personería.

Con relación a este cargo, arguye el demandante que la solicitud elevada por los trabajadores no tiene nota de presentación personal ante la autoridad competente. Ahora bien, es sabido que la Constitución Política garantiza en forma amplia el derecho de asociación, pero remite a la ley su reglamentación, de tal suerte que es a ésta a quien le corresponde establecer los requisitos para el ejercicio de este derecho fundamental. En desarrollo de esta facultad el Código Sustantivo del Trabajo reglamenta en forma pormenorizada la materia, y es así como el artículo 364 de dicho estatuto establece que 20 de los fundadores, cuando menos, por sí o por medio de apoderado especial deben elevar al Ministerio de Trabajo la solicitud correspondiente. Así mismo el artículo 1o. de la resolución 479 de 1973, que desarrolla el principio consagrado en la norma anterior establece que esta solicitud debe ser presentada personalmente ante la División o Sección Departamental de Trabajo correspondiente, ante el Inspector de Trabajo del domicilio de la empresa o patrono al cual pertenezca el sindicato o ante el Alcalde del lugar para su autenticación. (Subrayas de la Sala).

Observa la Sala (folios 48 y ss, cuaderno No. 2) que las firmas autógrafas que allí aparecen tienen la autenticación genérica respaldada por el sello del Ministerio de Trabajo en conjunto, por lo cual no cree que se haya quebrantado el espíritu de la norma arriba citada, por lo cual no procederá a decretar la nulidad impetrada por esta causal y en cuanto a este tópico se refiere.

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 las súplicas de la parte actora.

Cópiese, notifíquese y archívese este negocio. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de agosto 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

COSA JUZGADA/DECAIMIENTO DEL ACTO.

El art. 175 del Código Contencioso Administrativo (decreto ley 01 de 1984), vigente por la época de las sentencias de 10 de diciembre de 1988 y del 18 de agosto de 1989, ordena que la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes" y por ello en su art. 158 ejusdem se preceptúa que "ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó si conserva en la esencia misma disposiciones anuladas, o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o supresión". Si como se observa la derogatoria de la resolución 3758 de 1985 no fue óbice para que la sala la anulara íntegramente, las razones constitucionales y legales que dicha jurisprudencia contiene no pueden desconocerse por la determinación del 10 de diciembre de 1988, por cuanto las consideraciones constitucionales priman respecto de cualquiera otra y los textos básicos y legales que le sirvieron de soporte jurídico no han sido, desde entonces a la fecha modificados, ni siquiera por la vigencia de la nueva carta política.

ASOCIACION DE PENSIONADOS-Control y Vigilancia/**MINISTERIO DE TRABAJO**-Improcedencia.

Es atendible la acusación encaminada a destacar cómo el ministerio pretendió reglamentar las funciones de inspección y vigilancia que ejerce sobre las asociaciones de pesionados, y así violados los textos constitucionales que atribuyen esta facultad al Presidente, y al legislativo que ordena el régimen de las personas jurídicas y expide las leyes en todos los ramos de la legislación (art. 76 C.N. de 1886); con lo cual el auto de 165 de mayo de 1989 y la resolución 3112 de agosto de 1989 ahora acusados son fruto del ejercicio de facultades que constitucional y legalmente no tenía administración y por ello deben anularse.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 4805. Resoluciones Ministeriales. Actor: Comité Nacional de Pensionados.

El COMITE NACIONAL DE PENSIONADOS, con Personería Jurídica N° 2605 del 25 de mayo de 1965 concedida por el Ministerio de Justicia y con domicilio en ésta ciudad, a través de apoderado demandó los siguientes actos: a) El auto N° 0074 de 15 de mayo de 1989 proferido por la Sección de Control de Instituciones de Previsión Social, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (fl. 16) que improbó los estados financieros de la agremiación pensional de primer grado denominada "Comité Nacional de Pensionados" e hízole otras advertencias; y, b) la Resolución N° 003112 del 10 de agosto de 1989 proferida por la División de Estudio y Control de la Seguridad Social del Ministerio que al resolver el recurso de apelación lo confirmó (fls. 2-4).

Las glosas consistieron en unas partidas de los gastos de la Asociación demandante. Denuncia como violados los artículos 44, 30, 26 y 120 de la Constitución de 1886. La Ley 43 de 1984, cuyo quebranto desarrolla así: el artículo 44 de la constitución entonces vigente, autorizada la formación de asociaciones sin mas restricciones que la de no contrariar la moral o orden legal y no facultaba al Gobierno para imponer a la organización gremial, como entidad privada, condiciones determinadas en la composición de sus directivas ni en el manejo de sus fondos, pues significa indebida intromisión en el libre ejercicio del derecho de asociación; y, la del artículo 30 por cuanto la Constitución garantiza la propiedad privada. Los actos del Ministerio, materia de acusación pretenden determinar la composición de una Junta Directiva al ordenar que el Tesorero pertenezca a dicha Junta contra expresa prohibición de los estatutos de la Entidad; y, al prohibir igualmente que se paguen unos gastos de representación que generan prestaciones a algunos miembros de la Junta Directiva, dispuestos y aprobados por la Asamblea General, interfiere indebidamente en sus asuntos, dice la actora.

La violación de la Ley 43 de 1984 consiste, en afirmaciones de la demandante, en contradecir o desobedecer sus mandatos o en exceder sus términos, facultades o finalidades, pues las facultades de inspección y vigilancia que en ella se depositan en el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, en modo alguno permite imponerles formas o cambios estructurales, controles abusivos, fiscalizaciones improcedentes o reglamentos contrarios a la libre organización que se dan los socios o filiales que constituyan (fl. 52). Entre ellas no están las de rendir cuentas ni imponer sistemas de contaduría como si fueran sociedades comerciales, ni asumir decisiones punitivas o entorpecedoras del libre ejercicio de organización y asociación. De otra parte la ley no faculta, en sentir de los acusantes, para delegar esas funciones.

La violación del artículo 120 de particulariza respecto de su ordinal 3, como quiera que los actos acusados se apoyan en la Resolución 02795 del 30 de julio de 1986, pero en ella se exceden las facultades pues se pretende reglamentar la Ley 43 de 1984 facultad del Presidente y no del Ministro. Cumplir las actuaciones acusadas implicaría la ejecución de actos ilícitos operables sobre la contabilidad de la demandante, y, de paso al desconocimiento de sentencias de esta jurisdicción como la del proceso 2094.

La suspención provisional de los actos acusados fue negada por el auto de 4 de abril de 1990 (fl. 50-63), donde se interpretó la demanda dentro de los dictados del artículo 85 del C.C.A., y no hallarse probado siquiera sumariamente perjuicio con la ejecución de los actos, que infructuosa e indebidamente pretendió subsanar después la demandante.

La administración no ejerció sus derechos no obstante su notificación de modo que en su momento ordenó precisar como pruebas los documentos aportados y remitidos por la administración. Sin alegación de las partes y previo concepto favorable del Fiscal Cuarto ante el Consejo (fls. 84-87) se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El artículo 3 de la Ley 43 de 1984 dispuso que las entidades de pensionados con personería jurídica quedan sujetas a la Inspección y vigilancia del Ministerio de Trabajo.

Invocando el ejercicio de las facultades que dicha ley le otorgaba y las del Art. 21 del Decreto 1050 de 1968, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, expidió la Resolución No. 3758 de 1985, por la cual "se señalan procedimientos y se fijan unos términos para el control de las agremiaciones de pensionados", entre ellas las de los artículos 2 y 4, sobre normas de contabilidad y los informes de sus estados financieros, respectivamente, así como otras más, que fueron materia de demanda de nulidad y que en su integridad así declaró la Sala en sentencia del 18 de agosto de 1989.

Allí entre otras consideraciones, pertinentes además para la decisión de este asunto, sostuvo la Sala: "Ni el artículo 120 num. 3 de la C.N., ni el 3 de la Ley 43 de 1984 facultan al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para expedir reglamentaciones en cuanto al funcionamiento y manejo de las asociaciones de pensionados. La Inspección y vigilancia que sobre ellas debe ejercer el Ministerio por mandato de la Ley, no autoriza al Ministerio para imponerles sistemas de contabilidad o cualquier otro tipo de obligaciones...

Dijo:

"...les impone un sistema de contabilidad, la forma de llevar libros, les concede plazo de seis meses para adecuarse a la ley, al decreto reglamentario y a ésta

misma resolución , so pena de cancelar su personería y aplicar otras sanciones, estableciendo así causales diferentes de cancelación y de liquidación".(Expd. N° 2094. Consejera Ponente; Dra. CLARA FORERO DE CASTRO).

de modo que por sus excesos anuló el acto en forma total.

Sin embargo, antes de proferirse este fallo, el Ministerio con la Resolución N° 02795 del 30 de julio de 1986, derogó la Resolución 3758 de 1985 y señaló procedimientos para el control de las agremiaciones de pensionados.

Esta resolución también contempla en su artículo 6° normas sobre contabilidad y en el 8° disposiciones sobre los informes de sus estados financieros, así como otras materias levemente diferentes a la derogada; y , tal como se aportó con la demanda de este proceso, fue objeto de acusación ante el Consejo de Estado que en sentencia del 10 de diciembre de 1988 acogió parcialmente la nulidad respecto de los literales a) y b) de su artículo 10 (fls. 20-37).

Las actuaciones acusadas se expidieron respectivamente. el auto de 15 de mayo de 1989 previa invocación de las normas del artículo 8° de la Resolución 2795 de 1986 del Ministerio de Trabajo; y la Resolución N° 3112 de 1989 en forma genérica de las facultades legales. Unos de los fundamentos de la acusación consiste en el desconocimiento de las decisiones de las jurisdicción y el otro exceso de la administración al pretender reglamentar la Ley 43 de 1984. En otros términos aluden a la inaplicabilidad de la Resolución 2795 de 1986 y a la cosa juzgada.

En materia de la cosa juzgada el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984, vigente por la época de las sentencias del 10 de diciembre de 1988 y del 18 de agosto de 1989), ordena que la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes", y por ello en su artículo 158 ejusdem se preceptúa que "ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas, o suspendidas, a menos que son posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

Si como se observa la derogatoria de la Resolución 3758 de 1985 no fue óbice para la Sala la anulara íntegramente, las razones constitucionales y legales que dicha jurisprudencia contiene no pueden desconocerse por la determinación del 10 de diciembre de 1988, por cuanto las consideraciones constitucionales priman respecto de cualqüiera otra y los textos básicos y legales que le sirvieron de soporte jurídico no han sido, desde entonces a la fecha modificados, ni siquiera por la vigencia de la nueva carta política. En tal orden de ideas, para la Sala, las normas de los artículos 6 y 8 de la Resolución 2795 de 1986 resultan igualmente inaplicables por las razones de la anulación de aquellas idénticas que existían y se juzgaron como tales en la Resolución 3758 de 1985 emanada del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Tales preceptos no fueron demandados aunque son el soporte de las actuaciones acusadas, pero no podrían soslayarse los efectos de la cosa juzgada bajo la

consideración de no haber sido demandados, así en el libelo se alegue el hecho como un motivo de violación constitucional y legal; ni podría la Sala pasar por alto los efectos genéricos de la nulidad que otrora declaró contra idénticos artículos derogados en aquella pero idénticamente conservados en otra norma, pues así patrocinaría el desconocimiento de sus propios fallos y burlaría las cosa juzgada.

De cuanto se ha discurrido encuentra la Sala que es atendible la acusación encaminada a destacar cómo el Ministerio pretendió reglamentar las funciones de inspección y de vigilancia que ejerce sobre las asociaciones de pensionados, y así violados los textos constitucionales que atribuyen esta facultad al Presidente, y al Legislativo que ordena el régimen de las personas jurídicas y expide las leyes en todos los ramos de la legislación (Art. 76 C.N. de 1886); con el auto del 15 de mayo de 1989 y la Resolución 3112 de agosto 1989 ahora acusados son fruto del ejercicio de facultades que constitucional y legalmente no tenía la administración y por ello deben anularse.

Como se apuntaba en el auto de admisión de la demanda, ésta acción se enmarca dentro del ámbito del artículo 85 del C.C.A., aunque el interesado no haya propuesto pretensiones de restablecimiento del derecho o reparatorias "pero claro está que surgirá automáticamente de prosperar la acción ejercitada y consistiría en que hayan de darse por aprobados o tengan que ser aprobados los estados financieros de la agremiación pensional" (fl. 62).

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

FALLA:

Declárese la nulidad de los siguientes actos administrativos:

A) El auto N°0074 de 15 de mayo de 1989 proferido por la Sección de Control de Instituciones de Previsión Social, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

B) La Resolución No. 003112 de 10 de agosto de 1989 proferida por la División de Estudio y Control de la Seguridad Social del Ministerio que al resolver el recurso de apelación lo confirmó.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto 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

CALIFICACION DE SERVICIOS/ACTO DE TRAMITE.

Al definir la naturaleza jurídica del acto de la calificación insatisfactoria de servicios en la Rama Juridicial, la sección segunda, en providencia de agosto 1o. de 1990 expediente 4528, resaltó su carácter de acto de trámite.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente N° 2629. Resoluciones Ministeriales. Actor: Guillermo Erasso Rosero.

Guillermo Erasso Rossero, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad, solicita a esta Corporación se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 998 de 27 de noviembre de 1986 proferido por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual se resolvió el recurso de reclamación interpuesto por el actor contra la revisión de la calificación de servicios efectuada en el mes de noviembre de 1985 en el cargo de Profesional Especializado 30-10 de la Subdirección de Determinación de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

La parte demandante solicitó en el escrito demandatorio que como consecuencia de la declaración de nulidad del citado acto administrativo, el actor debe ser calificado satisfactoriamente por el correcto y eficaz desempeño de sus funciones y que a la sentencia se le de aplicación dentro de los términos señalados en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo (folios 29 y 30 cdno. ppal).

Como disposiciones violadas la demanda cita los artículos 16,17 y 26 de la Constitución Política anterior; Decreto 2400 de 1968; artículos 231, 230 y 105 del Decreto 1950 de 1973; artículos 11, 14, 16 parágrafo de la Resolución N° 414 de 1980 expedida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil(folios 30 y 31 ibídem).

En el capítulo del libelo sobre los hechos concepto de la violación se expone, en síntesis, que las calificaciones practicadas al demandante no son objetivas, ni imparciales, ni equitativas; que no se refieren a hechos concretos que carecen de pruebas; que la revisión se llevó a cabo mediante usurpación de funciones públicas, ya que la calificadora inmediata había sido desvinculada del servicio (folios 31 a 38 ibídem).

El señor fiscal 4° del Consejo Estado en su concepto de fondo de marzo 30 de 1990 (folios 38 a 40 ibídem) opinó que las súplicas impetradas en el escrito de dicho folio están llamadas a prosperar, pues en el caso se causó proposición jurídica completa, ya que se echa de menos la petición de nulidad del acto contentivo de la calificación de servicios; que por consiguiente en el evento de prosperar la nulidad del oficio impugnado quedaría vigente la calificación; que en cuanto a las contradicciones a que alude la parte actora, la agencia del Ministerio Público considera que ellas no se encuentran configuradas, pues le halla la razón a la calificadora en los puntos planteados en la ratificación de la calificación; que sobre la afirmación de no haberse dado respuesta a la solicitud de revisión, ella se desvirtúa con los documentos aportados al expediente; que acorde con el acervo probatorio traído al proceso se concluye que la funcionaria que firmó la revisión estaba en ejercicio del cargo para la fecha de su expedición; que el concepto de la comisión personal está de acuerdo con las pruebas allegadas, razón por la cual no era necesaria mayor documentación; que el señor Luis Fernando Ramírez Acuña no fué quien revisó la calificación ni tuvo intervención alguna en ella.

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso sub-examine la legalidad del oficio N° 998 de 27 de noviembre de 1986 suscrito por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuyo contenido es el siguiente:

Doctor
EDUARDO MENDOZA DE LA TORRE
Secretario General
Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Presente

Apreciado doctor:

En relación con el concepto sometido a consideración y decisión de este despacho, y que fuera emitido por la Comisión de Personal en sesión del día 11 de

noviembre de 1986, sobre la improcedencia en la reclamación interpuesta y la confirmación de la calificación de servicios del Dr. GUILLERMO ERASSO ROSERO, me permito informarle que evaluadas las consideraciones expuestas en el acta número 45 y de conformidad con las normas que reglamentan la materia, se acoge el mencionado concepto.

Atentamente,

CESAR GAVIRIA TRUJILLO

Ministro de Hacienda y Crédito Público."

(folios 52 cdno. ppal.)

En acta No. 45 de 11 de noviembre de 1986 de la comisión de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público consta:

"El doctor Eduardo Mendoza de la Torre, Secretario General, manifiesta que la petición interpuesta en la reclamación es fundamentalmente que se declare nula la calificación, asimismo expresa el doctor Mendoza que existen pruebas conducentes que comprueban que la doctora Mónica Aparicio era funcionaria y competente en el momento en que calificó al funcionario.

Para constancia se anexan los antecedentes por medio de los cuales se prueba la competencia.

ACTA: 45 11 de noviembre de 1986

Por lo anteriormente expuesto los Miembros de la Comisión de Personal, por unanimidad recomendaron que no es procedente la reclamación interpuesta y que se confirma la calificación."(folios 104 y 105 ibídem).

Ahora bien, al definir la naturaleza jurídica del acto de la calificación insatisfactoria de servicios en la Rama Judicial, la Sección Segunda, en providencia de agosto 1 de 1990, expediente N° 4528, resaltó su carácter de acto de trámite, que en lo esencial resulta aplicable a este proceso. Discurrió así:

"Para el efecto es pertinente observar que dentro de los fines enumerados en el referido artículo 44, hay unos que necesariamente deben producirse como consecuencia de las calificaciones; son ellos los que tocan con el ingreso, permanencia o retiro del servicio o del escalafón. Hay otros que pueden llegar a darse, como son la participación en los cursos y concursos de ascenso y en programas de capacitación y el otorgamiento de becas y estímulos.

Para la Sala es claro que la eventualidad que caracteriza a estos últimos fines,. los despoja de la posibilidad de tener relevancia jurídica.para determinar con base en ellos si la calificación de servicios es un acto de trámite o definitivo, ya que una de las características de los actos preparatorios o de trámite es el hacer parte de una secuencia que debe culminar con la expedición del acto definitivo, so pena de quedar trunca la actuación administrativa.

.....

Si las calificaciones de servicios son insatisfactorias, la actuación culmina con declaratoria de insubsistencia motivada (art.35 ibídem), lo cual conduce a igual conclusión; que las calificaciones son de trámite.

.....

Si una calificación es insatisfactoria, da lugar a la suspensión en el escalafón por el término de un año, con pérdida de las prerrogativas del mismo, suspensión que es decretada por la Dirección Nacional de la Carrera Judicial según el Acuerdo 029 de 1989 proferido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Tal circunstancia hace que en este caso la calificación de servicio sea un acto de trámite (art.51, inciso primero, ibídem).

La segunda calificación insatisfactoria, **tratándose de empleado**, da lugar a la insubsistencia del nombramiento; luego el acto es de trámites.

.....

Entonces, en el presente asunto como la calificación que se impugna es insatisfactoria y se trata de un empleado, con base en lo anterior se concluye que, el acto que contiene es de trámite, que debe culminar con la expedición del acto de insubsistencia o de suspensión en el escalafón por el término de un año, según el empleado se encuentre en período de prueba o escalafonado y se trate de la primera o segunda calificación insatisfactoria."

En efecto, a folios 145 y 145 vuelto del cdno. ppal. aparece la calificación insatisfactoria de servicios practicada al actor y a la cual hace referencia el oficio enjuiciado por la parte demandante, acto éste que como el contentivo de la referida calificación son de trámite que no pueden ser objeto de decisión judicial, por lo que la Corporación habrá de declararse inhibida para fallar en el fondo las peticiones del libelo, apartándose del criterio expuesto por el colaborador del Ministerio Público, en el sentido de que deben denegarse las pretensiones de la demanda.

A la conclusión planteada se llega si se analizan las normas pertinentes de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 sobre la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios de carrera administrativa, en especial los artículos 240 literal d), 241 y

242 de este último decreto citado, aplicables al demandante para el momento en que fué evaluado su desempeño por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De otro lado, así se admitiera que el oficio acusado por la parte actora es demandable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha debido así mismo impugnarse el acto contentivo de la calificación de servicios, por los motivos expresados por el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de Fondo.

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

FALLA:

Declárase inhibido para decidir en el fondo las pretensiones del escrito demandatorio, de acuerdo con lo planteado en la parte motiva de esta sentencia, en el proceso incoado por el señor Guillermo Erasso Rosero en orden a obtener la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 998 de 27 de noviembre de 1980 suscrito por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto 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

SENA CARRERA ADMINISTRATIVA/PERIODO DE PRUEBA/ INSUBSISTENCIA/ESTATUTO-Inconstitucionalidad.

La pretensión de quiere aplicarle a la insubsistencia del nombramiento en período de prueba normas que sí son acordes con la constitución política, cuando dentro de la hipótesis planteada estuvo gobernado por un estatuto inconstitucional, no más que tratar de sanear o querer volver constitucional lo que de su inicio se realizó en contra de la Carta, que como ya se dijo no podía generar derecho alguno.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente N° 5034. Actor: Manuel de Jesús Carvajalino Sánchez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante MANUEL DE JESUS CARVAJALINO SANCHEZ contra la sentencia de diciembre 4 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró no probada la excepción de inconstitucionalidad alegada en la demanda y negó las pretensiones de la misma.

Parte fáctica. Consigna la parte fáctica de esta acción, que mediante resolución N° 2422 de mayo 23 de 1980, el demandante fue nombrado para desempeñar el cargo de Instructor de Ganadería, Grado 26 Nivel I, en período de prueba dentro de la carrera administrativa y por el término de cuatro meses, a partir del día de su posesión, que lo fue en la misma fecha. Su ingreso a prestar los servicios en dicha regional, se hizo mediante concurso, según consta en el acta de posesión número 596 de mayo 23 del citado año de 1980; luego de posesionado, el actor fue evaluado por sus superiores, con resultados satisfactorios en el desempeño de su cargo.

El 8 de septiembre de ese año 1980, el inmediato superior del demandante, señor Raúl Segrera Gutiérrez, solicitó por escrito al actor una explicación por la ausencia al puesto de trabajo el anterior jueves 4 de septiembre, la cual obedeció a la incapacidad médica expedida por el Instituto de los Seguros Sociales, explicación que es distorsionada por el superior Segrera Gutiérrez en respuesta que al actor le envía el siguiente 11 de septiembre, expresando que:

> "Finalmente, ahora sí le llamo la atención en el sentido de encausar sus inquietudes en una forma positiva y no pretender asumir la vocería de sus compañeros de trabajo, para desahogar actitudes personales contra funcionarios de la empresa donde usted trabaja".

El mismo Raúl Segrera, le reportó al Gerente Regional que Carvajalino Sánchez se había colocado en el presupuesto contenido en el artículo 52 -literal c), numeral 2 del estatuto de personal del SENA, (Decreto 2464), que dice:

> "Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el empleado en sus labores contra el SENA, su personal directivo o compañeros de trabajo."

Con fundamento en el anterior reporte, mediante la resolución 2504 de septiembre 15 de 1980, originaria del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- , regional de Santa Marta, se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, por encontrarse en período de prueba. El afectado interpuso el recurso de reposición contra el acto que declaró la insubsistencia del nombramiento, y mediante la resolución N° 2512 de octubre 9 del mismo año, se acepta el recurso y se revoca la anterior determinación, ordenando el reintegro del recurrente y reconociéndole los salarios y prestaciones a que tuviere derecho.

Por la misma resolución N° 2512 ya citada, al demandante se le prorroga su período de prueba por el término de dos meses más, y acto seguido mediante la resolución 2516 de octubre 15 siguiente, se declara de nuevo la insubsistencia del nombramiento en período de prueba hecho al demandante, quien de igual manera solicita su revocatoria, obteniendo como respuesta que dicha resolución 2516 se expidió en uso de la facultad discrecional por parte de la administración.

Fundamentación jurídica. El actor invoca como normas violadas los artículos 16, 17, 20, 26 y 68 de la Constitución Nacional; también, invoca los artículos 11, 12, 13, 14, 26, 40, 42, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968; 212, 213, 214, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973; 51, 52, 53, 55, 56, 57, 70, 71 y 94 del Decreto 2464 de 1970; y, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

El concepto de violación lo expone el libelista alrededor de la estabilidad del actor, dada su calidad de empleado en período de prueba, a la falta de motivación como causal de nulidad y a la inaplicabilidad del numeral 3° artículo 94 del Decreto 2464 de 1970. Dice que tratándose de empleados públicos que ocupen cargos consi-

derados de carrera administrativa, ellos ingresan a la carrera desde cuando son nombrados en período de prueba dentro de ella y el estar inscrito otorga derecho a la estabilidad al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2400 de 1968, en armonía con lo preceptuado en los artículos 42, 46 y 212 a 215 del Decreto 1950 de 1973, disposiciones que reglamentan el período de prueba y la estabilidad que otorga.

En relación con la falta de motivación del acto administrativo demandado, expresa que ella era de obligatorio cumplimiento dada la naturaleza reglada de la actuación y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 242 del mentado Decreto 1950, según el cual "todo acto administrativo por el cual se declare la insubsistencia de un empleado de carrera, deberá ser siempre motivado", en armonía con el espíritu de la reforma plebiscitaria de 1957, que ordenó que el ingreso, ascenso y estabilidad en los cargos públicos se haga por méritos y antigüedad.

Respecto a la inaplicabilidad del numeral 3° del artículo 94 del Decreto 2464 de 1970, invocado como fundamento del acto demandado, expresa que por ser su texto contrario a los Decretos 2400 de 1968 y su reglamentario el 1950 de 1973, no podía invocarse como sustento de la decisión.

Razona sobre el particular, diciendo que de conformidad con el artículo 7° de la reforma plebiscitaria "Todos los funcionarios que ejerzan funciones de administración, sólo pueden ejecutarlas de acuerdo con las normas que el Congreso expida", por lo cual las normas del Decreto 2400 de 1968 son de aplicación preferencial, dada su jerarquía de ley, frente a las del Decreto 2464, norma de inferior categoría; además el Decreto 1950 de 1973 es norma posterior al mencionado 2464, por lo cual debe entenderse subrogado.

Finalmente argumenta el demandante, que el referido Decreto 2464 de 1970, originario de la Presidencia de la República, fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, artículo que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, según sentencia de diciembre 13 de 1972. Consecuencia de ello, es que el citado Decreto 2464 de 1970, constitutivo del estatuto de personal del SENA, no puede subsistir en el mundo jurídico ya que, como quedó visto, la administración de personal sólo puede hacerse de conformidad con las normas que expida el Congreso, más no con las normas que como en el presente caso, son expedidas por los Consejos Directivos de los establecimientos públicos.

La sentencia recurrida. Expresa el Tribunal que el acto administrativo demandado se funda en las facultades legales conferidas al nominador por el artículo 94, numeral 3° del estatuto de personal del SENA, Decreto 2464 de 1970, que reza:

> "Todo nombramiento en período de prueba puede ser declarado insubsistente en cualquier momento por el Director o su delegado. Para ello bastará solamente el concepto de la comisión de personal. Sin embargo, en la hoja de servicios del

empleado deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la decisión".

De otro lado, del examen del Decreto 2464, aprobatorio del estatuto para el SENA, dictado por el Consejo Directivo de dicha entidad mediante acuerdo número 130 de 1969, concluye el a quo, que se apoya no solamente en el artículo 68 del Decreto 3130, sino en el Decreto 3123 del mismo año, dictado especialmente para el SENA y por el cual se regula en forma completa su reorganización.

El Consejo de Estado -agrega el Tribunal -al abstenerse de anular el Decreto 2464 expresó:

"No obstante, la Sala observa que el decreto acusado no sólo se funda en el artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968, cuya inexequibilidad fue declarada por la Corte, sino también en el artículo 8° letra c) del Decreto Extraordinario 3123 de 1969, el que facultó al Consejo Directivo Nacional del SENA para adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del gobierno".

Con base en lo anterior concluye el Tribunal, que no puede prosperar la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el representante del Ministerio Público con relación al estatuto del personal del SENA y alegada en la demanda misma; dice además, que el aludido decreto es la norma aplicable al caso de autos por su carácter especial para los empleados del SENA, lo que le da prelación sobre cualquier otra disposición de carácter general para los empleados nacionales, como los ya mencionados Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, invocados en la demanda.

En cuanto a la falta de motivación del acto acusado, expresa el a quo, que está claro en el numeral 3° del artículo 94 del Decreto 2464 que los empleados en período de prueba no están amparados por los beneficios de la carrera administrativa, ya que pueden ser declarados insubsistentes en cualquier momento y, el acto de insubsistencia es un acto condición, que no necesita motivación.

Así pues, concluye, que la resolución 2540 de septiembre 15 de 1980 fue proferida conforme a derecho y no se ha desvirtuado la presunción de legalidad que la ampara.

Razones de inconformidad. La inconformidad del recurrente radica esencialmente en la aplicación que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le dió al artículo 94 del Decreto ejecutivo 2464 de 1970, pese a las peticiones de inaplicabilidad por ser violatorio de la Constitución y de la ley, al decir del apelante.

Dice el inconforme que el Tribunal no aplicó la excepción de inconstitucionalidad propuesta contra el acuerdo 130 de 1969 dictado por el Consejo Directivo del SENA, por el decreto atrás señalado.

Alega que el principal error de la sentencia recurrida está en que el Tribunal debió no aplicar el artículo 94 de este Decreto 2464 varias veces citado, pues al tenor de lo ordenado por el artículo 5° de la reforma plebiscitaria, "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 de antigüedad, de jubilación, retiro o despido".

Así pues, es claro que el retiro de los empleados administrativos sólo puede efectuarse conforme a las normas que expida el Congreso y el a quo debió inaplicar el decreto contentivo del estatuto de personal del SENA, antes indicado. De conformidad con el artículo 40 del Decreto 2400 de 1968, la estabilidad de los empleados es uno de los objetivos fundamentales de la carrera administrativa y para sustentarlo, analiza el recurrente varias de las disposiciones que reglamentan asuntos relacionados con el ingreso a la carrera, la permanencia en el servicio, el concurso, el período de prueba, etc., en armonía con la política del Departamento Administrativo del Servicio Civil sobre administración de personal.

Con su tesis, el Tribunal pretende concluir que el estatuto de personal del SENA es norma aplicable al caso subjúdice, por su carácter especial "lo que le da prelación sobre cualquier otra disposición de carácter general para los empleados nacionales, como los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 que invoca el actor en la demanda".

El razonamiento de la Corte para declarar inexequible tanto el literal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, como el artículo 38 del Decreto 3130 del mismo año, se fundamentó en que las normas relativas al estatuto de personal, son de competencia exclusiva del Congreso, por mandato del constituyente primario (plebiscito de 1957, artículo 5°, artículos 62 y 76 numeral 10 de la Constitución). Tampoco por este razonamiento, el Decreto Extraordinario 3123 de 1968 podía otorgar al Consejo Directivo del SENA, la función de expedir el estatuto de personal, pues tal función corresponde tan sólo al Congreso, y éste sólo podía otorgarle al Presidente de la República facultades extraordinarias mediante el mecanismo previsto en el artículo 75 numeral 12 de la Constitución.

El conflicto normativo suscitado entre acuerdos proferidos por las juntas de los establecimientos públicos en materia de régimen de personal y normas legales como el Decreto 2400 de 1968, fue definido por el Consejo de Estado en sentencia de febrero 5 de 1983, con ponencia del Doctor Joaquín Vanin Tello, expediente N° 6327, cuando dijo:

> "**Sexta:** No puede prevalecer ni constituirse en excepción respecto a una norma legal, aunque sea general una disposición de inferior jerarquía, por el hecho de ser especial".

Conforme a este sentencia, el acuerdo 130 de 1969 no puede prevalecer frente a la norma legal contenida en el Decreto 2400 de 1968, por ser una disposición de inferior jerarquía, así sea aquel de índole especial, dice el inconforme.

Finalmente, en cuanto a la falta de motivación del acto de declaratoria de insubsistencia, señala el recurrente que se tiene que decir que si se examinan los artículos 240 y 252 del Decreto 1950, aplicables al caso sub- exámine, se concluye que la declaratoria de insubsistencia debía hacerse mediante acto motivado y al no haberse hecho así en el acto demandado, se violaron las mencionadas disposiciones y entonces, al tenor de tales normas y del acervo probatorio, se concluye que el acto demandado es ilegal.

La vista Fiscal. Considera el Ministerio Público que el punto de discrepancia es en cuanto a la aplicación del artículo 94, numeral 3 del Decreto 2464 de 1970, por el cual se aprueba el estatuto de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA -norma respecto de la cual el apoderado del demandante solicita su inaplicabilidad por violación de los Decretos 2400 de 1968 y su reglamentario 1950 de 1973.

Sobre el particular expresa que el Decreto 2464 de 1970, fue dictado por el Presidente con base en la facultad del artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 ya citado, norma aquella que aprobó el estatuto de personal del SENA, dictado con base en los artículos 8° del Decreto-ley 3123 de 1968 y 38 del referido Decreto-ley 3130 del mismo año.

Que el Consejo de Estado se pronunció sobre la legalidad del Decreto 2464, mediante providencia de diciembre 9 de 1975, de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera, con ponencia del Dr. Alvaro Pérez Vives, habiendo denegado la nulidad entre otras, por las razones siguientes:

a) El decreto acusado no sólo se funda en el artículo 38 del Decreto 3130, cuya inexequibilidad fue declarada por la Corte, sino también en el artículo 8°, letra c) del Decreto 3123, que facultó al Consejo Directivo Nacional del SENA para adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del gobierno.

b) Al invocar el Decreto 2464 en su preámbulo el artículo 8°, letra c) de Decreto 3123 de 1968, no hace más que darle aplicación, precepto contra el cual no se hizo cargo alguno y por ende, no aparece prima facie, contrario ni a los textos constitucionales invocados por el actor como infringidos, ni a otros, por lo cual tampoco procede su inaplicabilidad con apoyo en el artículo 215 de la Constitución.

c) Como el Decreto 2464 se expidió con fundamentos diferentes a las facultades de que trata el artículo 1° de la Ley 65 de 1957, no se hecha de ver el quebranto de este precepto que alega el demandante.

Expresa la Fiscalía que lo anterior significa, que a pesar de no haber sido declarado nulo el Decreto con base en las normas que se señalaron quebrantadas, podía ser demandado posteriormente por violación de otras normatividades.

Lo atrás citado conduce a determinar que la base legal del Decreto 2464 de 1970, relacionada con el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, desapareció, lo que significa que a partir de esa fecha el mencionado decreto dejaría de ser aplicable por falta de soporte constitucional y legal y solamente el legislador ordinario o el extraordinario, podían expedir reglamentos relativos a la vinculación y retiro de personal, de conformidad con el artículo 62 inciso segundo, o artículo 5° del plebiscito de diciembre 1° de 1957, de la antigua Constitución Nacional.

La segunda base legal que el Consejo Directivo de la entidad tuvo para proferir el acuerdo número 130 de 1969, fue el artículo 8° del Decreto-ley 3123 de 1968, expedido con base en la Ley 65 de 1967. Esta es norma general en el sentido de que el Decreto-Ley le dió facultad al Consejo Directivo Nacional del SENA para adoptar los estatutos, como en efecto lo hizo. El Decreto 3123 aunque es soporte legal del acuerdo por la generalidad en que está propuesto, en nada incide sobre la materia objeto de estudio en la presente contención.

Concluye la Fiscalía, diciendo que normatividad contenida en el numeral 3 artículo 94 de este Decreto 2464 de 1970, "no sería aplicable a la situación del actor, por cuanto la base legal que sirvió para proferirla no existe y por lo tanto, todos los artículos de la carrera administrativa de la entidad que podrían ampararlo en su relativa estabilidad por estar concursando en la misma, tampoco lo protegerían por desbordar la norma constitucional vigente para la época de la presente contención, en el sentido de que todo lo relacionado con la vinculación y retiro del servicio, es de competencia exclusiva del legislador ordinario o extraordinario. En consecuencia, como no estaba amparado por ninguna estabilidad, podía ser declarado insubsistente como en efecto lo fue", finaliza diciendo el Ministerio Público.

Llegado el momento de resolver el recurso interpuesto, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Está demostrado que el ingreso al servicio del actor se gobernó por el Decreto 2464 de 1970, -Estatuto de Personal del SENA- como se deduce del acta de la Subcomisión de Personal de folios 2 a 7 del cuaderno número 2, en la que invocando los artículos "148 y 149 del Decreto 2464 Estatuto de Personal del SENA", se manifiesta entre otras cosas, que "En virtud de que los aspirantes superaron todas las pruebas del concurso los Miembros de la Subcomisión de Personal recomiendan la vinculación de los señores Carvajalino -el demandante- y López."

Tal vinculación se produjo respecto del actor, por medio del nombramiento en período de prueba que por el término de 4 meses, se le hizo mediante la resolución

2422 de 23 de mayo de 1980 y el acta de posesión que obran a folios 87 y 88 del cuaderno principal.

Refuerza la anterior conclusión, la circunstancia de que el demandante siempre consideró que su relación laboral estaba regida por el mencionado Estatuto, como lo demuestra la invocación que de él hace en el escrito que obra a folios 19 y 20 del cuaderno 2, con base en el cual obtuvo que fuera revocada la resolución 2504 de 1980, que con anterioridad al acto demandado había declarado insubsistente su nombramiento: revocación que se produjo por haberse pretermitido la obligación de oir el concepto de la comisión de personal, exigido por el Decreto 2464 invocado en su defensa por el actor.

En relación con el mencionado Decreto 2464 de 1970, el demandante propone la inaplicación de su artículo 94, numeral 3, por ser a su juicio inconstitucional, al quebrantar la norma de la anterior Carta Política, según la cual los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, sólo pueden ejecutarla de acuerdo con las normas que expida el Congreso. En síntesis, sostiene que no podía ser retirado del servicio con fundamento en el Estatuto de Personal del SENA, como se hizo, sino que debieron aplicarse las exigencias contenidas en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, que establecen cierta estabilidad para los funcionarios que se encuentran en período de prueba dentro de la carrera administrativa regulada por estas disposiciones generales, y exigen además, que el acto administrativo de remoción sea motivado.

Empero, la Sala considera innecesario entrar a determinar si era inaplicable o no el Estatuto de Personal del SENA para la remoción del actor, por ser ello intranscendente para el caso sub-júdice.

En efecto, si se concluyera que la norma aplicable es dicho Estatuto, significa que las pretensiones del actor no pueden prosperar; pues como se anotó, el ataque jurídico contra el acto demandado está estructurado sobre la base de que es ilegal por no haberse observado las exigencias de normas diferentes al Estatuto, los Decretos 2400 y 1950, tantas veces citados.

Si por el contrario, la conclusión del estudio fuera que el Estatuto de Personal (Decreto 2464 de 1970) es inconstitucional, y por ende, para retirar del servicio al demandante debieron observarse los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, tampoco favorecería al actor tal resultado, toda vez que su nombramiento en período de prueba estuvo gobernado por el mismo Decreto 2464, vale decir, que en tal hipótesis su vinculación se habría llevado a cabo aplicando un régimen contrario a la Constitución, no pudiendo entonces generarse a su favor derecho alguno, pues bien sabido es, que no existen derechos en contra de disposiciones de orden constitucional.

La pretensión de querer aplicarle a la insubsistencia del nombramiento en período de prueba normas que sí son acordes con la Constitución Política, cuando dentro de la hipótesis planteada estuvo gobernado por un estatuto inconstitucional, no es

más que tratar de sanear o querer volver constitucional lo que desde su inicio se realizó en contra de la Carta, que como ya se dijo, no podía generar derecho alguno.

Por la misma razón tampoco es válida la censura acerca de la falta de motivación del acto acusado, sustentada igualmente en la aplicación del Decreto 1950 de 1973.

Consecuentemente y por razones diferentes, habrá la Sala de confirmar el proveído apelado en cuanto negó las pretensiones de la demanda, no sin antes revocar el ordinal 1° que declaró no probada la "excepción" de inconstitucionalidad, pues ella es una solicitud que se formula al juez para que se abstenga de aplicar una norma que se considera inconstitucional, pero jurídicamente no constituye una excepción.

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 el ordinal 1° de la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de diciembre de 1989, en el proceso promovido por MANUEL DE JESUS CARVAJALINO SANCHEZ.

2° Confírmase en todo lo demás el mencionado fallo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de agosto 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

INSUBSISTENCIA/FACULTAD DISCRECIONAL.

No se acreditó en el proceso que el actor gozara de los privilegios que otorga la ley a quienes tienen fuero de estabilidad por hallarse inscritos en carrera o desempeñar un cargo de período fijo. Es sabido que la insubsistencia es un mecanismo de administración para ejercer la facultad discrecional de remover a los empleados que no gozan de fuero alguno, y que la desviación de poder se configura cuando el expedidor del acto hace uso de una atribución legal con fines distintos a aquellos para los cuales se ha conferido; que la falsa motivación que presenta cuando los actos administrativos se profieren co fundamento en motivos que no son verdaderos o inexactos, o con base en la defectuosa calificación de los que se hayan invocado como tales; y que la expedición en forma irregular, se presenta cuando se profiere el acto sujeción a los procedimientos y formas determinados por la ley. La declaratoria de insubsistencia de los funcionarios no amparados por privilegio de relativa estabilidad, no está sujeta a formalismos especiales ni a trámites predeterminados por la ley o reglamento, pues, como se dijo, es una decisión en forma discrecional, mas no arbitraria como lo indica el libelista, adopta el nominador, sin necesidad de motivar la providencia, como en el presente caso lo hizo el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

PROCESO DISCIPLINARIO/FACULTAD DISCRECIONAL-Independencia.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que el control disciplinario es de suyo independiente del ejercicio de facultad discrecional de remoción; por ello se ha precisado de la posibilidad de que contra un funcionario se abra un proceso disciplinario, la existencia de éste a su culminación, no impide declarar la existencia de éste a su culminación, no

impide declarar la insubsistencia del personal de libre nombramiento y remoción, como lo era el accionante, siempre que tal medida persiga mejorar el servicio público.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente N° 5784. Resoluciones Ministeriales. Actor: Héctor Gonzalo Rodríguez Rojas.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1° de febrero de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

El señor Héctor Gonzalo Rodríguez Rojas en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal declarar la nulidad de la Resolución número 01465 de 15 de mayo de 1984 expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario 3020, grado 06 de la Sección de Control de la Tecnología de la División de Productividad y Tecnología de la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo y el consiguiente restablecimiento del derecho.

El demandante cita como normas transgredidas los artículos 2°, 17, 26 y 30 de la Constitución Política de 1886, 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973, y señala como causales de infirmación de la resolución impugnada las de falsa motivación, desviación y abuso de poder y expedición irregular, porque existe un nexo causal entre la investigación disciplinaria adelantada en su contra y la declaratoria de su insubsistencia que se produjo al día siguiente de la decisión de la Veeduría en el sentido de que debía amonestársele: porque la medida acusada no se utilizó con arreglo a los propósitos legales del buen servicio público, porque si el Ministro "quería remover al actor por todos esos hechos (aquellos por los cuales se le investigaba) lo indicado era terminarle el proceso disciplinario y ulteriormente destituirlo, si había causal legal para ello. Mas como no lo había, por el pronunciamiento de la Veeduría, se valió de un expediente establecido para otros propósitos y declaró insubsistente el nombramiento del actor con flagrante abuso y desviación de poder". (Lo escrito entre paréntesis fuera de texto). Y porque "Al valerse la administración de un medio inidóneo para desincorporar al actor por razones disciplinarias, incurrió igualmente en la expedición irregular del acto acusado" (folio 43).

LA SENTENCIA

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda en virtud de que estimó que no se demostró que en el sublite se configure la falsa motivación del acto impugnado, porque "quienes dictaron los actos fueron distintos, pues mientras la sanción la impuso la Veeduría Administrativa, la insubsistencia la decretó el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. De otra parte, el acto de la insubsistencia no contiene motivación material alguna que indique los móviles de su expedición, ni la sola afirmación a nivel de sustentación en el libelo de que esta se dió bastarían para decretar la nulidad del acto. Además, no existe ni siquiera a nivel de indicio, prueba alguna que demuestre que la resolución acusada tuvo como fundamento la conducta imputada al funcionario y que generó luego la sanción de amonestación. (folio 87).

Igualmente el a-quo consideró que tampoco se acreditó la desviación de poder, ya que las pruebas no demuestran que la remoción del actor se haya producido por motivos ajenos al buen servicio y "el haber aportado las pruebas que sirvieron en el proceso disciplinario e inferir que estas motivaron la insubsistencia per se, es un argumento peregrino para demostrar la desviación de poder y menos la expedición irregular del acto acusado, como se sostiene en la última causal invocada". (folio 88).

EL RECURSO

Al sustentarlo la parte actora recalca que según el material probatorio allegado a los autos contra el demandante se adelantó una investigación disciplinaria dentro de la cual la Veeduría del Ministerio de Trabajo solicitó se le amonestara por escrito. Sin embargo, la administración en lugar de pronunciarse sobre esa solicitud, dispuso de inmediato su remoción del servicio, lo cual "demuestra fehacientemente que la resolución de insubsistencia no se profirió por razones de buen servicio, como lo sugiere equivocadamente el Tribunal, sino para sancionar una supuesta falta disciplinaria del actor". (folio 99), de modo que el Tribunal no puede desconocer la relación de causalidad entre esos hechos.

Y agrega el apelante que si "hubiese incurrido en una falta grave es razonable que por razones de buen servicio público fuera removido, pero si lo que se le endilgó fué tan sólo una falta leve que daba lugar a una **amonestación** no puede sustentarse el acto acusado en una presunta razón de buen servicio, porque ésta no está constituída por destituciones disfrazadas para sancionar faltas leves. Al hacerlo, la administración se apartó de la teleología que informa el instituto de la declaración de insubsistencia, por lo que incurrió en la desviación de poder endilgada al acto censurado, ameritándose la nulidad del mismo y el respectivo restablecimiento del derecho impetrado". (folios 99 y 100).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado en la vista reglamentaria opina que la sentencia apelada amerita ser confirmada porque a pesar de que al accionante se le impuso una sanción por la comisión de faltas disciplinarias, en

forma casi simultánea con la declaración de insubsistencia de su nombramiento, la verdad es que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación "la facultad de control disciplinario sobre los funcionarios públicos (sic), no es óbice para que la autoridad nominadora pueda remover libremente a sus subalternos, máxime si se tiene en cuenta que su permanencia en el cargo, no favorece la efectiva prestación del servicio", (folio 107), por tanto, puede declararse la insubsistencia de un empleado inculpado sin que esto signifique sanción.

Agrega que la resolución de remoción la profirió una autoridad diferente de la que la sancionó, circunstancia que permite romper cualquier nexo causal entre uno y otro acto.

Se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar la legalidad de la Resolución número 01465 de 1984 del Ministerio de Trabajo, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Profesional Universitario que ocupaba en la Sección de control de Tecnología de la División de Productividad y Tecnología, de la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo de dicho Ministerio.

No se acreditó en el proceso que el actor gozara de los privilegios que otorga la ley a quienes tienen fuero de relativa estabilidad por hallarse inscrito en carrera o desempeñar un cargo de período fijo.

Es sabido que la insubsistencia es un mecanismo que utiliza la administración para ejercer la facultad discrecional de remover a los empleados que no gozan de fuero alguno, y que la desviación de poder se configura cuando el expedidor del acto hace uso de una atribución legal con fines distintos a aquellos para los cuales se le ha conferido; que la falsa motivación se presenta cuando los actos administrativos se profieren con fundamento en motivos que no son verdaderos o son inexactos, o con base en la defectuosa calificación de los que se hayan invocado como tales; y que la expedición en forma irregular, se presenta cuando se profiere el acto sin sujeción a los procedimientos y formas determinados por la ley.

La declaratoria de insubsistencia de los funcionarios no amparados por privilegio de relativa estabilidad, no está sujeta a formalismos especiales ni a trámites predeterminados por la ley o reglamento, pues, como se dijo, es una decisión que en forma discrecional, mas no arbitraria como lo indica el libelista, adopta el nominador, sin necesidad de motivar la providencia, como en el presente caso lo hizo el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Por lo demás, cabe recalcar que la resolución impugnada carece de motivación; que la administración mediante su apoderado manifestó que la desvinculación del

señor Héctor Gonzalo Rodríguez R., obedeció a razones de buen servicio y, finalmente, que del material probatorio no puede inferirse con certeza que esa determinación tuviera como motivación oculta el hecho de haberse adelantado en contra del demandante una investigación disciplinaria, que culminó con la imposición de la sanción de amonestación, pues no es suficiente para la demostración de ese aserto el hecho de que una y otra decisión se hubieran adoptado casi simultáneamente.

No son entonces de recibo los argumentos del censor referentes a la falsedad de los motivos que tuvo la administración para declarar la insubsistencia del actor, toda vez que no habiéndose probado que éstos fueron los alegados por el libelista, continúa vigente la presunción de legalidad que ampara al respectivo acto administrativo, presunción conforme a la cual ha de entenderse que tal medida obedeció a razones de buen servicio, únicos que deben inspirar al nominador al adoptar decisiones de la naturaleza demandada.

La desviación de poder que en concepto del demandante se presenta en el sublite porque la finalidad de su remoción fué la de sancionarlo por las faltas por las cuales la Veeduría del Ministerio de Trabajo consideró que debía ser amonestado por escrito con anotación en la hoja de vida, tampoco puede admitirse como causal de infirmación de la resolución enjuiciada, porque aún aceptando, en gracia de la controversia, que los hechos, por los cuales se le investigó y sancionó ocasionaron también su desvinculación, la Sala tendría que concluir en esa eventualidad, que en el caso sub-exámine no estarían excluídas razones de buen servicio para ello, ya que según las pruebas aportadas por el actor en relación con el proceso disciplinario, el incumplimiento sistemático del horario de trabajo, las deficiencias en las labores que ejecutaba y su indisciplina constante (folios 15 a 17), por ser contrarias al interés de la administración, a juicio de la Sala constituyen razón suficiente para el ejercicio válido de la facultad discrecional de remoción, pues es obvio que con funcionarios que presentan en el desempeño de sus tareas deficiencias como las anotadas, no se puede garantizar la adecuada prestación del servicio público.

De otra parte, jurisprudencialmente se ha sostenido que el control disciplinario es de suyo independiente del ejercicio de la facultad discrecional de remoción; por ello se ha precisado que la posibilidad de que contra un funcionario se abra un proceso disciplinario, la existencia de éste o su culminación, no impiden declarar la insubsistencia del personal de libre nombramiento y remoción, como lo era el accionante, siempre que tal medida persiga mejorar el servicio público.

Igualmente para la Sala, reviste especial importancia el hecho de que no hubiera sido demostrado que la autoridad nominadora -el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- tenía conocimiento de las conclusiones de la investigación adelantada contra el actor, cuando produjo la insubsistencia, conocimiento que era indispensable para poder concluir en la eventual ilegalidad del acto demandado, en los términos contenidos en el escrito introductorio. Antes, por el contrario, existen razones para concluír que el Ministro no tenía tal conocimiento en la fecha de emisión del acto demandado -15 de mayo de 1984- como son:

El auto del funcionario investigador fue proferido el día anterior a la insubsistencia -el 14 de mayo de 1984- y en él se dispuso que fuera comunicado a funcionarios diferentes al Ministro, como lo son el jefe inmediato del empleado que debía ser sancionado, el Secretario General y a la División de Personal; y es que tal comunicación al Ministro no era indispensable, pues a él, de acuerdo con la ley, no le correspondía imponer la sanción de amonestación, si se tiene en cuenta que esta es competencia del jefe inmediato, según las voces del artículo 13 del Decreto extraordinario 2400 de 1968. De ahí, que tal jefe inmediato haya sido enterado por el funcionario investigador, de los resultados del disciplinario adelantado.

A folio 72 del cuaderno que contiene las copias de las actuaciones surtidas dentro del proceso disciplinario, aparece el oficio 263, de fecha mayo 15 de 1984, con el cual la funcionaria investigadora envía al Secretario Privado del Ministro "copia del auto contentivo del INFORME EVALUATIVO resultado de la Investigación...", oficio que aparece recibido el 17 de mayo, dos días después de proferido el acto demandado. Luego si se piensa que el Secretario Privado fué el canal que tuvo el Ministro para enterarse de las conclusiones de la investigación, hay que concluír que tal conocimiento ocurrió mínimo dos días después de haber dispuesto la declaratoria insubsistencia del actor.

Por manera que la resolución acusada en la presente contención no puede tomarse como sanción de las faltas disciplinarias establecidas en el proceso disciplinario, sino como la materialización del ejercicio autónomo de la aludida facultad discrecional.

Debe finalmente precisarse, que no acierta el a-quo cuando considera que la sanción fue impuesta por la funcionaria investigadora mediante el auto de 14 de mayo de 1984 tantas veces citado, pues de una parte esta providencia no contiene tal decisión, y de otra, esta es competencia del jefe inmediato, según quedó visto, y no del funcionario investigador, quien sólo puede recomendar la sanción que puede aplicarse.

De acuerdo con lo expuesto, se impone la confirmación de la sentencia apelada, denegatoria de 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:

CONFIRMASE la sentencia del 1° de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso instaurado por HECTOR GONZALO RODRIGUEZ ROJAS contra la Nación -Ministerio del Trabajo y Seguridad Social- con el fin de obtener la nulidad de la Resolución número 01465 de 1984, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que ocupaba en dicho Ministerio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de agosto 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

ENCARGO-Término/**SALARIO/VACANCIA**

De conformidad con los arts. 34 y 35 del decreto 1959 de 1973, el encargo es una forma de provisión transitoria de un empleo de a falta temporal o definitiva de su titular, por todo el tiempo de la vacancia si ésta es temporal o por un término máximo de tres meses si es definitiva, vencidos los cuales, en el último caso, el encargado cesa automáticamente en el desempeño de las funciones y recupera a plenitud las del empleo de que es titular.

SALARIO-Cobro/**PRESCRIPCION**

El art. 37 del mismo decreto permite que el empleado encargado pueda devengar el sueldo del empleo que desempeña temporalmente, siempre que no lo devengue el titular, lo que quiere decir que mientras el cargo estuvo vacante, el accionante tenía derecho a devengar el sueldo del empleo que temporalmente desempeño. El art. 4 de la ley 165 de 1941 consagra una prescripción de cuatro años para el cobro de salarios por parte del trabajador.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente N° 7656. Consulta Sentencia. Actor: Alfredo Garzón Arteaga.

Proveniente del Tribunal Administrativo de Nariño, ha venido a esta Corporación en grado de consulta, la sentencia de octubre 1°. de 1992, pronunciada en el

proceso promovido por Alfredo Arteaga contra la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

ANTECEDENTES

El accionante, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó del Tribunal del conocimiento, que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Es nula la decisión del Ministerio de Obras Públicas y Transportes contenida en el oficio N° 12991 de 3 de mayo de 1991, de no reconocerle a mi patrocinado señor Alfredo Garzón Arteaga el pago de los sueldos correspondientes al Cargo de TECNICO OPERATIVO de la seccional 14-5-2, Distrito de Obras Públicas N° 14, que viene desempeñando desde el 7 de agosto de 1982, dizque porque se (sic) encargo "cesó automáticamente al vencimiento de los tres meses".

"SEGUNDA: Por consiguiente, la parte demandada está obligada a pagarle al señor Alfredo Garzón Arteaga la diferencia monetaria que hay entre el salario de ALMACENISTA Código 5080 grado 13, que ha venido percibiendo desde el 1° de enero de 1983, y el sueldo de TECNICO OPERATIVO de la Seccional 14.5.2 Inspectoría, cargo que ha venido realmente desempeñando desde el 7 de agosto de 1982 hasta la presente.

"TERCERA: Que el valor del sueldo correspondiente al cargo de Técnico Operativo Inspectoría, sea tenido en cuenta para liquidar todas las prestaciones sociales a mi poderdante".

"CUARTA: Que el reintegro de la diferencia de sueldos antedicha, se la realice teniendo en cuenta la corrección monetaria".(fl. 1).

Accedió el Tribunal a las pretensiones de la demanda, por considerar que el actor desempeñó el cargo de Técnico Operativo desde el 7 de agosto de 1982 hasta la fecha de la sentencia, sin que el Ministerio de Obras Públicas le hubiera reconocido la diferencia de sueldo entre aquél empleo y el de Almacenista 5083, grado 131, del que es titular, que había pedido reiteradamente.

Consideró el a quo, que el argumento de haber transcurrido un plazo superior a los tres (3) meses para ocupar un encargo de que trata el artículo 35 del Decreto 1950 de 1973 no se ajusta a la realidad de los hechos, debido a que el actor continuó desempeñando el encargo, por cuanto se trataba de una vacancia definitiva y el nominador omitió hacer la provisión en legal forma: dijo que esa negligencia no se puede esgrimir contra el trabajador que por orden superior siguió desempeñando el cargo, e incluso fue trasladado con las mismas funciones. Concluyó el Tribunal que al no

concederle la diferencia salarial impetrada, se violaron los artículos 37 del Decreto 1950 de 1973 y el 7° del Decreto 2400 de 1968 y determinó que no procede la prescripción trienal de lo pedido, porque el demandante efectuó sus reclamos oportunamente para interrumpirla en una serie de peticiones elevadas en los años 1984, 1985, 1988, 1989 y la última el 25 de febrero de 1991. Precisó que la temporalidad de que tratan los artículos 34 y 35 del Decreto 1959 de 1973, hace relación únicamente a los primeros tres (3) meses, pero vencidos éstos, si no se hace la provisión definitiva y no es reemplazado el encargado, da derecho a éste de percibir las asignaciones correspondientes al cargo, como lo indica el artículo 37 ibidem, por todo el tiempo que desempeñe el cargo como ocurrió con el comandante. (fls. 79-87)

La Procuraduría Novena Delegada ante esta Corporación, pide se confirme el fallo consultado con la modificación de que el pago de los reajustes salariales debe ordenarse desde el 30 de noviembre de 1984. Dice en primer término, que en este caso no se configura la caducidad de la acción alegada por la demandada, puesto que si el oficio acusado es de fecha de 3 de mayo de 1991 y la demanda tendiente a anularlo fue presentada el 15 de agosto de 1991, no pudo ocurrir ese fenómeno procesal: otra cosa es la prescripción de tres (3) años que consagran los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el 102 del decreto Reglamentario 1848 de 1969, que hace relación a los derechos consagrados en el primer Decreto y se interrumpe por un lapso igual con la reclamación que haga el empleado, pero ocurre que en este caso, el actor hizo sucesivas peticiones a la administración para interrumpir la prescripción, así: el 30 de noviembre de 1984; el 30 de noviembre de 1987, el 17 de marzo de 1988; el 29 de noviembre de 1989 y el 25 de febrero de 1991, petición esta última resuelta por el acto demandado. En segundo lugar y en cuanto a las pretensiones, relaciona varios elementos de prueba aportados para considerar que el demandante ejercicio el cargo de Inspector, primero en Balalaika, después trasladado a San Rafael en el mismo encargo y finalmente al Tablón, al parecer, con el mismo cargo y siempre por necesidad del servicio. (fls. 92-101)

Surtido el trámite de ley no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

De conformidad con los artículos 34 y 35 del Decreto 1959 de 1973, el encargo es una forma de provisión transitoria de un empleo por falta temporal o definitiva de su titular, por todo el tiempo de la vacancia si ésta es temporal o por un término máximo de tres meses si es definitiva, vencidos los cuales, en el último caso, el encargado cesa automáticamente en el desempeño de las funciones y recupera a plenitud las del empleo de que es titular.

En observancia de estas disposiciones, el encargo que se confirió al accionante para desempeñar el cargo de Inspector 14-32 con sede en Balalaika mediante memorando No. J14-08-022 de agosto 6 de 1982, tenía una duración máxima de 3 meses, al término de los cuales el accionante automáticamente debía cesar en su

desempeño y recuperar la plenitud de las del empleo del que era titular: sinembargo, obra en el expediente que el encargo continuó de hecho pues el 22 de noviembre de 1984 aún se encontraba en ese cargo. (fl.10): el 17 de julio de 1987 fue trasladado del cargo de Técnico Operativo de la Seccional 14-3 inspectoría 14-3-2 sede Balalaika al mismo cargo con sede en San Rafael "por necesidades del servicio" (fl.11) y finalmente fue trasladado de la Inspectoría 14-5-2 a la número 14-5-1 con sede en el Tablón, según Resolución 4198 de 1991 de fecha ilegible. (fl.6 c.2)

La Administración sin negar los anteriores hechos en el acto demandado, oficio N° 12991 de mayo 3 de 1991, afirma que el encargo cesó automáticamnete al vencimiento de los tres (3) meses, "como lo preceptúa el artículo 35 del Decreto 1950 de 1973". (fl.8)

Consta igualmente que el accionante pidió el nombramiento en propiedad del empleo que ejercía como encargado, sin que se le hubieran respondido sus peticiones. (fls. 17-24), como tampoco se le dio respuesta a la solicitud que en el mismo sentido hizo el propio Director Regional del Distrito No. 14. (fl.20).

Se evidencia entonces, que auncuando legalmente el accionante no podía desempeñar el empleo para el que fue encargado por más de tres meses, el hecho de que la Administración hubiere permitido que la situación administrativa permaneciera por tiempo superior no es una irregularidad que pueda atribuirse al empleado ni que exima a la Administración de pagarle el sueldo que realmente le corresponda, o sea la señalada por la ley para que el empleo realmente desempeñado, como bien lo estimó el Tribunal.

El artículo 37 del mismo Decreto permite que el empleado encargado pueda devengar el sueldo del empleo que desempeña temporalmente, siempre que no lo devengue el titular, lo que quiere decir que mientras el cargo estuvo vacante, el accionante tenía derecho a devengar el sueldo del empleo que temporalmente desempeño. Y como de los testimonios de Guadalupe del Rosario Tovar y Javier Enrique Santacruz Guerrero (fls. 57 - 59) se deduce y lo ratifica la apoderada de la demanda (fl. 68) que en el cargo que en 1991 ocupaba el accionante fue nombrado, mediante concurso, el Ingeniero Héctor Córdoba, el reconocimieno correspondiente se hará hasta la fecha en que éste entró a ocupar dicho empleo.

En cuanto a la fecha a partir de la cual se debe efectuar el reconocimiento, la Sala precisa que el artículo 4° de la ley 165 de 1941 consagra una prescripción de cuatro (4) años para el cobro de salarios por parte del trabajador.

En tal virtud, para efecto de la prescripción cuatrienal de salarios que trae la norma antes citada, se tendrá en cuenta la petición radicada el 14 de marzo de 1991 a la que dio respuesta el acto demandado, debido a que sólo se impugnó el oficio 12991 de mayo 3 de 1991 que negó el reconocimiento impetrado, no el silencio administrativo que pudo derivarse de las solicitudes anteriores que no tuvieron respuesta de la entidad demandada.

Por tanto, habrá de modificarse la sentencia consultada, en el sentido de que la diferencia salarial se pagará desde el 14 de marzo de 1987 declarándose prescrita cualquier diferencia salarial anteror a esta fecha.

Igualmente se modificará en cuanto se ordena la corrección monetaria de las sumas a pagar toda vez que por disposición del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo los ajustes de valor debe determinarse en la forma allí señalada.

Con las modificaciones anotadas, se procederá a confirmar el fallo de objeto de consulta.

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

FALLA:

CONFIRMARSE la sentencia de primero (1°) de octubre de mil novecentos noventa y dos (1992), pronunciada por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso promovido por Alfredo Garzón Arteaga contra la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con las siguientes MODIFICACIONES:

a) La diferencia salarial a favor del accionante se reconocerá entre el 14 de marzo de 1987 hasta la fecha en que se hizo la provisión regular de la vacante, según lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

b) El ajuste al valor de la condena se determinará en la forma prevista por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada aprobada por la Sala en sesión del día veintiséis (26) de agosto 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

FUERO SINDICAL/JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA

El derecho de fuero sindical aunque tiene como fuente el de sindicalización en las condiciones establecidas en el código sustantivo del trabajo, en últimas se consolida en cabeza del directivo sindical con el fin que no sea despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciiones de trabajo, sin justa causa, previamente calificada por el juez y su violación se traduce en que el juez ordena o su reintegro y pago de los salarios dejados de percibir, o su restitución al lugar donde antes prestaba sus servicios o sus anteriores condiciones de trabajo y el pago de las correspondientes indemnizaciones (arts. 405 y 408 del C.S. del T.). Los conflictos sobre fuero sindical solo pueden presentarse entre el trabajador aforado y su patrono y, que la organización sindical, aunque es beneficiaria indirecta del fuero por obvias razones sinembargo no es titular de derecho alguno alrededor de ese amparo.

FUERO SINDICAL-Beneficiarios/**ORGANIZACION**

La afirmación que se hace en el punto 3 de las consideraciones en cuanto al carácter de "beneficiaria indirecta" de la organización sindical en materia de fuero, es por lo menos discutible, porque, antes bien, el fuero sindical es una institución que protege fundamentalmente a las organizaciones gremiales y que fue creada en beneficio suyo; y el fuero sindical de cada trabajador directivo, filosófica y jurídicamente es una consecuencia accesoria, que dimana de aquélla.

FUERO SINDICAL-Levantamiento/**JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA**

El art. 2, acusado si creo un conflicto entre el Estado y el Banco demandante, el planteado en la demanda, cuyo juez es la jurisdicción con-

tencioso administrativa, por lo cual la sala de decisión habra de revocar el auto suplicado y ordenará que el expediente regrese al despacho del H. Magistrado ponente para lo de su resorte.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Se-gunda.- Santafé de Bogotá D.C., septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y tres (1993).

SALA DE DECISION

Referencia: Expediente No. 8356. Autoridades Nacionales. Actor: Banco de la República.

Conoce la Sala de Decisión del recurso ordinario de súplica interpuesto por el BANCO DE LA REPUBLICA contra el auto proferido por el despacho del Consejero Ponente el pasado 19 de julio, en virtud del cual se inadmitió la demanda.

La providencia recurrida consideró que los conflictos jurídicos de carácter laboral que se susciten directa o indirectamente del contrato de trabajo entre un trabajador oficial y el Banco de la República deben ser resueltos por la jurisdicción de los jueces del trabajo, de conformidad con el artículo 2o. del C.P. del T.: que si esta jurisdicción aprehendiera el conocimiento del tema planteado en la demanda, tendría que entrar a examinar la calidad de aforado que puedan tener los trabajadores del Banco accionante, cuestión reservada a los jueces ordinarios y que el propio actor reconoce en el libelo demandatorio.

En el recurso se alega que si bien es cierto que a los jueces del trabajo a quienes corresponde decidir los conflictos jurídicos que se susciten entre el Banco y sus trabajadores, en esta acción no se solicita pronunciamiento sobre alguno de esos conflictos; que el primer acto acusado, la resolución 5846, sin competencia, requirió al Banco en los términos allí obrantes, lo cual le corresponde a los jueces del trabajo; que lo que se pide es declarar la nulidad de dos actos administrativos, expedidos por la Rama Ejecutiva del Poder Público a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al decidir sobre un asunto de fuero sindical y asumir una competencia que, como muy bien lo dice el auto recurrido, está asignada a aquellos jueces; que si la jurisdicción contencioso administrativa resuelve no asumir la competencia en el presente caso, "no habría más jurisdicción a dónde acudir en demanda de administración de justicia, pues lo cierto es que, por su parte, la jurisdicción ordinaria de trabajo no tiene competencia para conocer ni para decidir la nulidad que se plantea en este proceso". Se alega acerca del interés que tiene la parte demandante en promover la acción y finalmente sobre los presuntos vicios de que adolecería el segundo acto acusado, por lo cual le asiste el derecho al demandante para solicitar se declare su nulidad, conforme al artículo 84 del C.C.A. que le confiere a toda persona el derecho a solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos de los cuales el juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para resolver se considera:

1. La Resolución 5946 acusada después de analizar la situación planteada por el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. por queja ante dicho organismo presentaran algunas organizaciones sindicales de Colombia frente al despido de 20 trabajadores directivos sindicales del Banco de la República entre 1987 y 1990, resolvió en el artículo segundo acusado:

> "REQUERIR a la entidad BANCO DE LA REPUBLICA, con domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., para que en lo sucesivo inicie las acciones ante la Jurisdicción competente del levantamiento (sic) del Fuero cuando se den las causales analizadas en la parte motiva del presente proveído".

2. El derecho del fuero sindical aunque tiene como fuente el de sindicalización en las condiciones establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en las condiciones establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en últimas se consolida en cabeza del directivo sindical con el fin de que no sea ni despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo, sin justa causa, previamente calificada por el juez y su violación se traduce en que el juez ordena o su reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir, o su restitución al lugar donde antes prestaba sus servicios o a sus anteriores condiciones de trabajo y el pago de las correspondientes indemnizaciones (artículos 405 y 408 del C.S. del T.).

3. De lo anterior se deduce, sin la menor duda, que los conflictos sobre fuero sindical solo pueden presentarse entre el trabajador aforado y su patrono y, que la organización sindical, aunque es beneficiaria indirecta del fuero por obvias razones, sin embargo no es titular de derecho alguno alrededor de ese amparo.

4. Ahora bien, si los actos acusados se expidieron porque en el pasado se suscitaron conflictos de fuero sindical entre algunos directivos sindicales y su patrono, el banco, frente a los cuales no se tomó determinación alguna de policía labora, sino que se requirió al banco para que **frente a futuros y eventuales conflictos** actuara en determinado sentido, ello demuestra palmariamente la inexistencia de conflicto jurídico concreto entre el Banco y los directivos sindicales que sean sus trabajadores, respecto del cual pudiera haberse pronunciado el mencionado Ministerio.

De aquí, que no sea posible sostener que el Banco pudiera plantear su caso en contra de los actos acusados ante los jueces del trabajo, por la potísima de que no habría una persona natural, trabajador del Banco y directivo sindical que pudiera ser la parte demandada.

Y sobre todo, porque los jueces del trabajo y todos los jueces no están para resolver conflictos jurídicos eventuales, sino conflictos jurídicos reales, alrededor de la interpretación o aplicación de una norma jurídica preexistente.

5. En cambio, el artículo 2o. acusado sí creó un conflicto entre el Estado y el Banco demandante, el planteado en la demanda, cuyo juez es la jurisdicción contencioso administrativa, por lo cual la Sala de Decisión habrá de revocar el auto suplicado y ordenará que el expediente regrese al despacho del H. Magistrado Ponente para lo de su resorte.

En mérito de lo dicho, la Sala de Decisión, resuelve:

REVOCASE el auto suplicado proferido por el H. Magistrado Ponente el 19 de julio de 1993 y, en su lugar, se dispone que el expediente regrese a su despacho para lo de su competencia.

Cópiese y notifíquese.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA AL AUTO DICTADO POR LA SALA DE DECISION EL 8 DE SEPTIEMBRE DE 1993 EN EL PROCESO No. 8356. AUTORIDADES NACIONALES.-ACTOR: BANCO DE LA REPUBLICA.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Con la advertencia de que comparto lo resuelto por la Sala de Decisión en este asunto, estimo necesario aclarar que en mi opinión la afirmación que se hace en el punto 3 de las consideraciones en cuanto al carácter de "beneficiaria indirecta" de la organización sindical en materia del fuero, es por lo menos discutible, porque, antes bien, el fuero sindical es una institución que protege fundamentalmente a las organizaciones gremiales y que fué creada en beneficio suyo; y el fuero sindical de cada trabajador directivo, filosófica y jurídicamente es una consecuencia accesoria, que dimana de aquélla.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Referencia: Expediente No. 8356. Autoridades Nacionales. Actor: Banco de la República.

CARRERA ADMINISTRATIVA/EMPLEADO DE CARRERA/ESTABILIDAD/EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION/INSCRIPCION AUTOMATICA EN CARRERA-Inexistencia/**INSUBSISTENCIA**-Improcedencia

Esta sala ha sostenido que los derechos inherentes a la carrera no se pierden por el hecho de pasar a otro cargo y, en consecuencia, el empleado continua gozando de los privilegios que son propios de ella, entre los cuales está el de la estabilidad, pero también ha dicho que si su funcionario de carrera toma poseción de un derecho sin haber cumplido el proceso de selección o de un cargo de libre nombramiento y remoción, para la cual no fue comisiionado, pierde esos derechos. No está contemplado en el art. 47 del decreto 2400/68 ni en ninguna otra norma, la pérdida del escalafón por pasar a otro cargo, así sea éste de superior categoría a aquél en el que el funcionario se halla escalafonado. Las garantías propias de la carrera se mantienen, pero referidos a los términos exactos del escalafón. Por eso, el empleado podría, por ejemplo, ser devuelto a su cargo inicial sin que ello vulnerara sus derechos, por cuanto no existe reclasificación automática en el escalafón y tampoco existe inscripción automática en el mismo; para ambos eventos es necesario obtenerlas por los medios señalados en la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4844. Apelación Sentencia. Actor: Julio César Quintero Latorre.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 1° de septiembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES:

Se solicitó en este proceso la nulidad de la resolución N° 5982 de 7 de diciembre de 1983, mediante la cual el gerente general del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- declaró insubsistente el nombramiento del doctor Julio César Quintero Latorre en el cargo de subgerente jurídico y el consecuente restablecimiento del derecho.

En el escrito demandatorio se citaron como disposiciones transgredidas los artículos 17, 20, 26, 44 y 62 de la Constitución Política, 358 del Código Sustantivo del Trabajo, 1° de la ley 27 de 1976, Decretos 2400 y 3074 de 1968, los artículos 108, 240 a 242 del Decreto 1950 de 1973 y 13, 14 inciso 1° y 30 ordinal d) del Decreto 3337 de 1961, aprobatorio de los estatutos del INCORA, así como la circular presidencial N° 13 de 10 de noviembre de 1983, sobre cuyo concepto de violación se discurre a folios 69 vuelto a 71 vuelto, alegándose que se removió al actor en razón de su afiliación al sindicato de la entidad desde 1967, o en su defecto y a Juzgar de la constancia que se dejó en la sesión de 15 de diciembre de 1983 de la Junta Directiva de la entidad, en el sentido que su retiro obedeció a la "pérdida de credibilidad y de confianza por varias razones", por la supuesta comisión de irregularidades que debieron investigarse a través del respectivo proceso disciplinario, lo que no hizo la administración y que el acto acusado se expidió en forma irregular y con abuso de poder por cuanto hubo desconocimiento de la carrera administrativa, atentado a la libertad de asociación y omisión del proceso disciplinario, ya que la declaratoria de insubsistencia no es el medio indicado por la ley para sancionar las faltas disciplinarias.

Igualmente aduce el accionante, que su remoción no fué sometida previamente a la aprobación de la Junta Directiva del INCORA, por lo cual se quebrantó el literal d) del artículo 30 del Decreto 3337 de 1961 -estatutos del INCORA- que consagra esta obligación, que se dispuso desconociendo las disposiciones contenidas en la directiva presidencial No. 13 de 1983 que prohibía efectuar movimiento alguno de personal hasta las elecciones de mitaca de marzo de 1984 y sin que se observara lo prescrito en el artículo 108 del Decreto 1950 de 1973, pues dada su condición de funcionario inscrito en la carrera administrativa sólo podía declararse insubsistente su nombramiento por las causas y conforme a los procedimientos establecidos en el título 9° del citado decreto.

Por último, el actor objeta la resolución impugnada porque fué firmada por el secretario general cuando éste se encontraba incapacitado en una clínica de la ciudad.

El fallador de primera instancia accedió a las súplicas de la demanda, para lo cual consideró que si bien el cargo de Subgerente Jurídico del INCORA tenía carác-

ter directivo, no se determinó plenamente si era de libre nombramiento y remoción; que el retiro del servicio del accionante no fué aprobado previamente por la junta directiva como lo exigen los estatutos de la entidad, puesto que aunque en éstos no se diga expresamente que tal aprobación debe ser previa, ello debió ser así, porque éste es un mecanismo de control de tutela del poder central sobre las entidades descentralizadas y "Si ello no fuere así el control de tutela sería ineficaz, y, por consiguiente, ciertas autoridades administrativas podrían obrar libre, y más aún, arbitrariamente, según su personal y caprichoso talante administrativo". (Folio 230).

Asimismo, el a quo considera que aunque el demandante no se hallaba escalafonado en el cargo del cual fué declarado insubsistente, sí lo estaba en el de abogado II-12 y, por tanto, el acto acusado debió ser motivado, agregando que si la administración promueve irregularmente a un empleado de carrera a otro cargo, éste no pierde el escalafón y los beneficios que reporta, porque aquella está obligada a actuar conforme a derecho y, por otro lado, el empleado no puede sufrir desmedro de su status por la inobservancia que de la ley hace la autoridad nominadora.

Y concluye diciendo "...que, generalmente y como es natural, los empleados cuando son designados en otros cargos, regularmente superiores, se ven obligados a aceptarlos, porque, primero ello les significa una mejor posición administrativa y una mayor remuneración económica, y segundo, no pueden caer en la rebeldía injusta sin lesionar el buen servicio público." (folio 232).

Estimó también el Tribunal que existen indicios sobre la transgresión del derecho de asociación, constituidos por las declaraciones de los doctores Manuel Ricardo Amaya Ballesteros, Mercedes Mendoza Maldonado y Luis Ignacio Ortiz Prada quienes, afirman "son coincidentes en expresar los enfrentamientos que ocurrieron entre el sindicato y el demandante con el Gerente General del Incora, y, en indicar además que éste se reunió en el salón de audiencias de la entidad con algunos directivos de la misma, por la época en que se separó del servicio al actor, y se refirió a la calidad de sindicalizado del mismo."; por la carta dirigida a la junta directiva por 150 funcionarios del INCORA en la que cuestionan la declaratoria de insubsistencia del accionante; por la queja formulada por el sindicato ante la Procuraduría General de la Nación por persecución al personal, que cobra relevancia con el informe de la procuradora agraria doctora Mary Walker de Toro, en el cual se refiere a la remoción del demandante y a la carta abierta publicada en los diarios nacionales del país, en que la junta directiva del sindicato de INCORA denuncia el desgreño administrativo y el despilfarro económico del instituto demandado.

De otra parte, estima el a quo que la advertencia que el gerente del INCORA hizo a la junta directiva en el sentido de que la remoción del doctor Quintero Latorre no obedeció al hecho de estar sindicalizado "lleva a columbrar, dentro de las circunstancias en que se dió la referida decisión, que ella probablemente se quiso justificar con la pertenencia del actor al sindicato, pues no de otra manera se explica tal expresión aclaratoria a lo expresado por él" y que si la administración "tenía cargo o, por lo

menos, ciertas reservas en relación con la conducta del demandante, como es factible deducirlo de lo manifestado por el Gerente General de la Institución en referencia a la Junta Directiva, procedía, ciertamente, levantar la correspondiente averiguación administrativa, máxime tratándose de un empleado escalafonado y, además, de magnífica trayectoria laboral." (folio 234).

Agrega el fallador que no se entiende cómo un funcionario de más de diecisiete años de servicios, extraordinariamente calificado por la misma administración se torne en persona no grata a la entidad, de poca credibilidad y confianza, y que es desconcertante que la resolución acusada el día de su expedición se hubiera hecho refrendar del secretario general, cuando ese mismo día este funcionario había sido hospitalizado y, por consiguiente, no se hallaba en su despacho, que se hubiere notificado en esa fecha y que tres días después se haga ratificar por la junta directiva, "sin una motivación seria y clara, indicativa, sin dubitación alguna, que se procuraba el buen servicio público." (folio 235).

Rechaza los argumentos de la entidad demandada consistentes en "que el actor era de carrera (sic) que su desvinculación se efectuó en el ejercicio de la facultad discrecional que la ley acuerda a la Administración en el manejo de cierto personal", con el argumento de "que tal discrecionalidad no es absoluta y, menos aún, arbitraria, pues el fin propio de la misma no es satisfacer intereses personales y mezquinos, sino conformarse en toda su actividad con las necesidades de la comunidad, en tanto se busque el buen servicio público y se respete el Estado de Derecho, evitando obrar con abuso y desvío de poder." (folio 235).

Finalmente, el Tribunal concluye:

> "En el caso "sub-judice" -como se examinó detalladamente hubo una serie de hechos anteriores y ulteriores a la decisión acusada, que crearon una difícil atmósfera administrativa en derredor del demandante, y que lleva a pensar que el empleado probo, eficiente, dinámico y altamente calificado, se hizo incómodo a algunas autoridades del Incora, particularmente, a su Gerente General, y de pronto, sin saberse por qué -como se escribió arriba, él no precisó sus "varias razones"- le perdió "credibilidad y confianza" y optó por declarar la insubsistencia de su nombramiento no precisamente según puede inferirse de todo lo analizado precedentemente- en procura del buen servicio público." (folio 241 - 242).

Mediante apoderado el INCORA interpuso el recurso de apelación contra la sentencia comentada, alegando que "la prueba testimonial recogida en el proceso, ni ninguna otra, desvirtúan la presunción de legalidad del acto demandado", que la litis se falló "con fundamento en normas de los Decretos 2400 y 3074 de 1968 expresamente derogados por el artículo 12 de la ley 61 de 1987, como es lo relativo al cargo desempeñado por el actor, que es de libre nombramiento y remoción y que su aceptación y posesión excluyen al actor de todo amparo de carrera administrativa"; que la sentencia contradice la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado "en cuanto tiene establecido que el reintegro de un funcionario que se considera amparado por el escalafón de la Carrera Administrativa, debe ordenarse el cargo que le

permitía esta protección y no para el que no la concede." Además, el censor manifiesta su desacuerdo con esta jurisprudencia que considera debe ser revisada "ya que resulta contraria a la ley vigente, o sea, a la ley 61 de 1987, que expresamente establece lo contrario, es decir, la pérdida en este caso de los derechos de carrera y fuero de estabilidad." (folio 253).

Por su parte, el demandante en memorial visible a folios 268 a 280 rebate cada uno de los planteamientos de recurrente y solicita la confirmación de la sentencia apelada, la cual, según el criterio de la fiscalía cuarta de la corporación, amerita ser mantenida, pero modificándola en el sentido de que el reintegro del actor debe ordenarse al cargo en el cual estaba escalafonado en la carrera administrativa y no al de subgerente jurídico del que fué declarado insubsistente. (folios 282 a 284).

Surtido el trámite del recurso de alzada se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

El cuestionamiento que la entidad demandada hace a la sentencia gira en torno a la eficacia atribuída por el tribunal a la prueba testimonial y a la indiciaria -calidades personales del demandante, carta dirigida a la junta directiva por empleados del INCORA, publicaciones periodísticas, quejas o denuncias formuladas por el actor, inexistencia de falta disciplinaria-, para desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución acusada; a la condición de libre nombramiento y remoción del cargo de subdirector general del establecimiento público 05, subgerente jurídico, cuya aceptación por el actor, en criterio de la recurrente, implicó la pérdida de su escalafonamiento en la carrera administrativa como abogado auxiliar II-12 y a la forma en que se dispuso el reintegro del demandante al servicio público.

En el proceso se recibieron los testimonio de los señores Manuel Ricardo Amaya (folios 127 a 132), María Natividad Daza Casilimas (folio 133 a 135A), Mercedes Mendoza Maldonado (folios 135 a 145), Luis Ignacio Ortiz Prada (143 a 145) y Miguel Diago Ramírez (folios 146 a 147).

El deponente primeramente mencionado, al ser interrogado sobre los motivos para la desvinculación del actor del INCORA contestó: "En relación con los motivos yo conocí los siguientes hechos y versiones: En primer término estuve enterado de algunos enfrentamientos personales que se presentaron entre el doctor QUINTERO y el agrónomo ERNESTO MUÑOZ OROZCO quién en ese entonces era el Gerente General del Incora, enfrentamientos derivados de la no desafectación de predios rurales y de la negativa de formular denuncia penal. Poco tiempo después que conocí estos hechos, la Sub-Gerente de Planeación de esa entidad me comunicó que el doctor QUINTERO iba a ser retirado del servicio por pertenecer a SINTRADIN, Sindicato de Trabajadores del INCORA, y últimamente conocí la versión oficial que directamente dio el Ex-Gerente General, en el sentido de que la causa era la de haber perdido o haberle perdido la confianza al doctor QUINTERO." y a la pregun-

ta de que si a través suyo la administración buscó que el demandante renunciara del sindicato, contestó: "En el mes de diciembre de 1993 me comentó al (sic) Dra. NATIVIDAD DAZA CASILIMAS, Sub-Gerente de Planeación del Incora que el Dr. QUINTERO iba a ser retirado del servicio, consideramos que era altamente inconveniente la decisión y ante la afirmación de ella de que se había buscado como causa el hecho de que él estuviera vinculado al Sindicato de Trabajadores del Incora, consideramos que se debía remover el obstáculo si en realidad era la causa para retirarlo del servicio, se efectuaron varias reuniones entre los dos funcionarios, citamos al Dr. QUINTERO, nos reunimos en la casa de la Dra. NATIVIDAD DAZA y durante prácticamente toda la noche de un fin de semana, le manifestamos que era necesario y urgente que se retirara del sindicato porque estaba adelantando una buena labor en el Incora y el Sub-Gerente Jurídico se negó rotundamente, días después le comunicaron la resolución de insubsistencia que me había anunciado la Dra. DAZA." (folio 129).

La Dra. Mercedes Mendoza Maldonado al requerírsele sobre si se enteró de los motivos de la remoción del accionante, contestó: "Desde el momento en que se conoció la insubsistencia del Dr. JULIO CESAR QUINTERO **se rumoró** en todo el Instituto que había sido por aspectos sindicales, inclusive si no recuerdo mal, dos días antes de producirse este hecho, él pidió mi consejo respecto a la posición que debía adoptar por cuando estaba siendo presionado por parte de las directivas para que hiciera una pública renuncia a su carácter sindical, que según entiendo lo tenía desde la fundación del sindicato de Trabajadores del Incora en el cual había sido un cofundador." (Subrayas fuera de contexto) (folio 137).

Más adelante agrega, que a pesar de no formar parte del personal directivo del INCORA, asistió a la reunión convocada por el gerente, en la cual interrogó a éste sobre las razones de la declaratoria de insubsistencia del Dr. Quintero Latorre, advirtiéndole "que los rumores de todo el personal era que había sido por aspectos sindicales, concretamente por estar vinculado al Sindicato de Empleados del Incora", a lo cual, asevera la declarante, que el gerente "me dijo él que me pusiera en su lugar y que resolviera qué haría si los asuntos más delicados que se trataban en el Comité Directivo de la Institución fueran conocidos casi en forma inmediata por el sindicato, dándole así argumentos para irse en contra de la política de la Institución, que eran incompatibles las funciones directivas con la calidad de sindicalista, a esto le respondí que él inclusive podía ser miembro de un sindicato de la entidad siempre y cuando esto corrijo que éste no ocupara cargos directivos en él." (folio 138).

Los doctores Luis Ignacio Ortiz Prada y Miguel Diago Ramírez a la pregunta sobre si conocieron los motivos del retiro del actor, respondieron, en su orden: "me enteré de su desvinculación aparentemente por el motivo de la vinculación del Dr. QUINTERO al sindicato del Incora. Creo que esa fue la razón de su desvinculación." y "no tuve información, conocí de su retiro pero no tuve información." (folio 146).

Por su parte la doctora Natividad Daza, el mismo interrogante lo respondió así: "no me consta, pero sí supe la remoción del Dr. QUINTERO del Incora porque él mismo me lo dijo, los motivos no los sé." (folio 133).

Igualmente, al preguntársele si era cierto o no que por su conducto la administración buscó que el doctor Quintero renunciara al Sindicato del Incora, enfáticamente contestó: "eso es falso, nunca por mi conducto me pidieron que se presentará una carta de renuncia al sindicato", y agrega: "yo fui la que sugerí por una apreciación mía simplemente de que en un cargo directivo nosotros en esa posición no íbamos a estar vinculados al sindicato. Yo se lo sugerí delante del Dr. RICARDO AMAYA, inclusive en mi casa. El Dr. JULIO CESAR QUINTERO en un principio aceptó mi sugerencia pero no lo hizo, que yo sepa no lo hizo (folio 134).

De otro lado, la versión de la doctora Mendoza Maldonado sobre la respuesta del gerente cuando lo interpeló acerca de si removió al accionante por ser sindicalizado, en el sentido de que aquel contrainterrogó preguntando cuál sería el proceder adecuado si lo que comentaba a nivel directivo de inmediato fuera conocido por el sindicato, más que indicar que la insubsistencia del nombramiento obedeció a la condición de sindicalizado del accionante, patentiza que el representante legal del INCORA lo consideraba como una persona infidente, no digno de confianza para ocupar cargo de dirección.

Sin embargo, aparece probado en autos que el actor se hallaba -y se halla- debidamente inscrito en **carrera administrativa** en el cargo de ABOGADO II.12, lo que le confiere un **status especial** de relativa inamovilidad. Toca, pues, definir si la inscripción en carrera administrativa en un cargo distinto del que ocupaba el funcionario en el momento de su remoción le permite conservar dicho fuero o si, por el contrario por la circunstancia de pasar a otro sin los requisitos de carrera, se pierde.

Ciertamente que sobre el particular esta Corporación y especialmente la Sección Segunda, han proferido decisiones en uno y otro sentido, o sea, que ha sostenido que los derechos inherentes a la carrera no se pierden por el hecho de pasar a otro cargo y, en consecuencia, el empleado continúa gozando de los privilegios que son propios de ella, entre los cuales está el de la estabilidad, pero también ha dicho que si un funcionario de carrera toma posesión de un empleo sin haber cumplido el proceso de selección o de un cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual no fue comisionado, pierde esos derechos.

Como hubo de decirse muy recientemente en providencia aprobada por esta Sección Segunda en sesión de 5 de agosto de 1993, con ponencia del consejero doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, es verdad que en aquellos casos que ocurrieron **antes de la vigencia de la ley 61 de 1987**, como en el sub-lite, la tesis que tiene mayor fundamentación jurídica es la expuesta primeramente, por cuanto, como bien lo anotó la Sala Plena en sentencia de 8 de julio de 1988, expediente N° S-031, actor Hernando Medina Avila, el art. 47 del Decreto 2400 de 1968 constituye un soporte legal, dado que 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 contemplado, por tanto en esa normatividad, ni en ninguna otra, la pérdida del escalafón por pasar a otro cargo, así sea éste de superior categoría a aquél en el que el funcionario se halla escalafonado.

Debe advertirse, sin embargo, que las garantías propias de la carrera se mantienen, pero referidos a los términos exactos del escalafón. Por eso, el empleado podría, por ejemplo, ser devuelto a su cargo inicial sin que ello vulnerara sus derechos, por cuanto no existe reclasificación automática en el escalafón y tampoco existe inscripción automática en el mismo; para ambos eventos es necesario obtenerlas por los medios señalados en la ley.

Y como se dijo arriba, el actor fué declarado insubsistente debido a la desconfianza que despertó, respecto al cargo directivo que ocupaba, en el gerente del INCORA de la época, no por rendimiento deficiente: es decir, no hubo las tres calificaciones de servicio sucesivas hechas con intervalo no inferiores a un mes, única causal para la insubsistencia de los empleados de carrera al tenor del literal d) del art. 240 del Decreto 1950 de 1973.

De acuerdo con lo anterior, cabe concluir que el doctor Quintero Latorre fue separado del servicio ilegalmente y su reintegro debe ordenarse al cargo en cual estaba escalafonado, pues ninguna disposición obliga a mantenerlo en otro diferente y respecto del cual no goza de garantía de relativa inamovilidad. En este sentido, por ende, ha de modificarse la sentencia del *a quo*.

Quepa anotar que, en este evento, no hay fallo extrapetita al haber pedido el demandante su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y disponerse a aquel en que se encontraba escalafonado en carrera, por cuanto, como lo ha definido ya la Corporación, **lo fundamental, que es el reintegro**, fue pedido.

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. CONFIRMASE el apartado 1 de la sentencia de primero (1°) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera- (hoy Segunda), por el cual se declara la nulidad del acto contenido en la Resolución N° 5982 de 7 de diciembre de 1983, de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-.

2. MODIFICASE el apartado 2 de la mencionada sentencia, en el sentido de que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, a través de su gerente general, ha de reintegrar al demandante, Dr. JULIO CESAR QUINTERO LATORRE, al cargo de "abogado II.12" o a otro de igual o superior categoría y le

reconozca los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos correspondientes al mismo dejados de devengar desde la separación del servicio hasta el momento en que sea, de manera efectiva, reintegrado, descontándose aquellas sumas que, a título de asignaciones, haya percibido del tesoro público durante dicho lapso.

3. CONFIRMANSE los apartados 3 y 4 de dicha sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN. CÚMPLASE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 19 de agosto de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, salvó el voto; Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, aclara voto; *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA/DESCUENTO-Improcedencia/**EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia/**ANALOGIA**-Improcedencia/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS**

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, 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 caracter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "tesorero público", sino que en verdad viene a resarcir el perjuicioque el acto ilegal, declaro 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 esta manera en el texto constitucional, ni consignada en estos términos en la ley.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 10 de SEPTIEBRE DE 1993 EN EL PROCESO No. 4844. -AUTORIDADES NACIONALES. ACTOR: JULIO CESAR QUINTERO LATORRE.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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 separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto al confirmar las condenas se ordena el

descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte 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 confirmada, 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, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- 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 Policia 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 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 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 la indemnización moratoria conforme al artículo 1° 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 sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o 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 caracter 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 tienen su fuente de esa relación de servicio..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Dario Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.) (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878, Ponente: H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R., marzo 11/87; de igual manera, en el exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia 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 esta 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.

Referencia: Expediente No. 4844. Autoridades Nacionales. Actor: Julio César Quintero Latorre.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Salvamento de voto.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y tres (1993).

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. 4844. Autoridades Nacionales. Actor: Julio César Quintero Latorre.

Con el mayor respeto por la opinión de los demás miembros de la Sala, consigno a continuación las razones por las cuales me aparté de la decisión adoptada en el presente proceso.

Para el efecto, reproduzco el criterio de la Sala consignado en un caso semejante en sentencia del 23 de mayo de 1991. Expediente No. 1748. Actor: Luis Soto Aldana, en los siguientes términos:

> "Sabido es, que son tres los soportes sobre los cuales están estructurados los sistemas de la carrera administrativa, judicial y militar que consagra nuestro ordenamiento constitucional, a saber: el ingreso y el ascenso por méritos y la estabilidad, condicionada a la eficiencia y buena conducta del funcionario. Soportes, predicables en cualquiera de las tres aludidas carreras, así en un momento dado tengan características u orientaciones técnicas propias. Así por ejemplo, hay sistemas de carrera estructurados con cierta elasticidad, que le permite al empleado desempeñarse en las más disímiles tareas en la respectiva organización, sin que ello afecte su condición de empleado escalafonado, como acontece con la carrera militar en la que la persona indistintamente se puede desempeñar en el frente de batalla, o en las unidades de apoyo administrativo, o en labores relacionadas con la defensa nacional diferentes a las anteriores, sin que el paso de una actividad a otra tenga incidencia alguna en sus derechos frente a la carrera. Tal es el caso también, de algunos sistemas especiales de carrera adminis-

trativa como la docente o la diplomática y consular. En todos ellos se es capitán, mayor o coronel, docente grado 7, grado 9 o grado 10, segundo secretario, primer secretario o consejero, con prescindencia de las funciones o actividades que se estén desempeñando en un momento determinado; se es capitán, docente o consejero, no importa las funciones, el lugar o dependencia donde se labore. Son estos, los llamados estatutos de la carrera, personales, que le permiten moverse al empleado a todo lo largo y ancho de la organización, llevando consigo el grado o nivel alcanzado dentro de la organización.

De otra parte, existen los estatutos de carrera referidos al cargo, que se caracterizan por ser mucho más rígidos y referidos a la organización o estructura jerárquica y funcional de la entidad donde se labora, en los que la calidad de funcionario de carrera se predica únicamente respecto al empleo al cual ha accedido el funcionario conforme a las normas de la carrera. Tal es el caso del sistema de la carrera administrativa general (regulada por el D.L. 2400 de 1968) o de la carrera judicial, por ejemplo, en los que la persona está escalafonada en un empleo determinado, sin que le sea dado desempeñar funciones o destinos diferentes, salvo que sea transitoriamente y previo el cumplimiento de los trámites exigidos para el efecto, so pena de perder su calidad de funcionario o empleado de carrera. En estos sistemas de carrera, se está escalafonado en el empleo de Secretaria, o Profesional Universitario de tal dependencia, o en el de Juez Civil Municipal o de Magistrado del Tribunal equis, sin que pueda legalmente desempeñar con carácter indefinido un empleo diferente; pues se pertenece a la carrera, mientras no se está desempeñando el empleo en el cual está escalafonado y sólo puede desvincularse de él, transitoriamente, previa licencia, comisión o encargo que le haya conferido para desempeñar durante algún tiempo otro empleo".

.....

"Para la Sala no pasa desapercibido el artículo 47 del tantas veces citado Decreto 2400, según el cual "el empleado está inscrito en el escalafón que cese en el ejercicio de sus funciones por cualquiera de las causas establecidas en el Artículo 25 perderá su condición de funcionario de carrera" y, que dentro de dichas causas no se encuentra expresamente la de aceptar y tomar posesión de un empleo superior sin haber superado satisfactoriamente el concurso respectivo. A su juicio, tal enumeración no es taxativa; pues si así fuera ella considerada, habría que admitir que la administración y el empleado de carrera podrían hacer caso omiso de los requisitos y procedimientos señalados por la ley para ascender dentro de la carrera, haciendo así nugatorio el principio del mérito, pilar fundamental de ella. Y es que siendo la regulación de la carrera un estatuto legal armónico, que presupone que sus normas son atendidas debidamente y que la provisión de los empleos se hace en un todo de acuerdo con sus preceptos, era innecesario, dentro de la concepción inicial del estatuto, que la normatividad previera expresamente como causal de la pérdida de los derechos, los movimientos de personal efectuados al margen del ordenamiento jurídico. Nótese que el artículo 25, establece las causales de retiro del servicio y que

frente a ellas, es apenas obvio que se produzca la pérdida de los derechos de carrera en la forma que lo preceptúa el artículo 47; y es obvio igualmente, que el estatuto en su concepción inicial presuponga, románticamente si se quiere, que el ingreso, permanencia y promoción de los empleados de carrera siempre se haga en un todo conforme a derecho. De ahí, que no haya previsto expresamente que su incumplimiento se traduzca en la pérdida de la carrera, pues además, no debe olvidarse que lo que ha nacido al margen de la ley, no puede generar derechos. Sin embargo, la experiencia demostró que tal suposición era ajena a la realidad; pues por múltiples factores que han entrabado el pleno funcionamiento de la carrera administrativa en el país y, que no es del caso analizar en esta oportunidad, se concluyó que era de inusual frecuencia acudir al mecanismo de las "promociones", sin concurso, para favorecer al recomendado o al amigo, llevándose por delante no sólo la filosofía sino el ordenamiento legal que tutela el sistema del mérito dentro de la administración pública.

Fué por esta realidad, que el legislador se vió precisado a consagrar ya en forma expresa en la ley 61 de 1987, norma que no es aplicable al caso sub-júdice, que "Cuando un funcionario de Carrera Administrativa toma posesión de un empleo distinto del que es titular sin haber cumplido el proceso de selección o de un cargo de libre nombramiento y remoción para el cual no fué comisionado, perderá sus derechos de carrera.

Por las razones anotadas la Sala encuentra que la declaración de insubsistencia del nombramiento al cargo de Jefe de División de que fué objeto el actor, fue ajustada a derecho, pues no estaba amparado por fuero alguno de estabilidad".

Ahora bien, el actor fué empleado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, vale decir que el régimen de carrera a él aplicable es el general, contenido en el Decreto extraordinario 2400 de 1968, con las modificaciones que le fueron introducidas por el 3074 del mismo año, reglamentados por el Decreto 1950 de 1973, estatutos que contienen un régimen de carrera administrativa referido al empleo, por lo cual es indispensable recordar que el actor fué escalafonado en la carrera en el empleo de Abogado II, mediante la Resolución 1136 del 30 de noviembre de 1972 y, que con posterioridad fué objeto de "promociones" o "ascensos", que la autoridad nominadora hizo sin que hubieran sido precedidas de los correspondientes concursos que, como se ha expresado, son un imperativo legal para ascender dentro de la carrera administrativa.

Igualmente, no debe perderse de vista que tales nombramientos, mal denominados "ascensos" o promociones", podían ser o no aceptados por el actor, sin que de la negativa pudiera derivarse su desvinculación laboral, porque en tal evento hubiera continuado vinculado al empleo de carrera en el que fué escalafonado, sin mengua alguna de sus derechos de carrera.

Nótese que tales nombramientos son totalmente diferentes de los que se presentan con ocasión de las incorporaciones que se producen por la adopción de una

nueva planta de personal, en el que los empleos son suprimidos y sus titulares quedan retirados del servicio por decisión unilateral de la administración: en este caso, si el empleado no acepta el empleo que se le ofrece, continúa desvinculado. Por el contrario, en el sub-lite el actor no hubiera perdido su empleo, pues simplemente habría permanecido como Abogado, y aunque no se habría beneficiado de los "ascensos", hubiera conservado su status de carrera.

Si lo anterior es así, como a mi juicio lo es, el accionante perdió los beneficios de la carrera al aceptar su primera "promoción" al margen de la ley y, por ende, no procedía la nulidad del acto administrativo demandado.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz.

FUNCIONARIO DE HECHO/PRESTACIONES SOCIALES/REINTEGRO-Improcedencia

Al funcionario de hecho no le asisten derechos diferentes a los establecidos por la ley a título de contraprestación de servicios, como los salarios y las prestaciones sociales, pero de manera alguna el de reintegrarse al servicio en todas sus consecuencias.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4854. Autoridades Departamentales. Actor: Eva Cecilia López Rueda.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por EVA CECILIA LOPEZ RUEDA contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 23 de noviembre de 1989, que le negó entre otras pretensiones la de nulidad del acto que la desvinculó del Servicio Seccional de Salud, la de reintegro y la de pago de los haberes dejados de percibir.

En los hechos de la demanda se relata que la actora desempeñó el cargo de Enfermera de la División de Atención Médica de aquel Servicio desde el 11 de abril de 1984 hasta el 8 de agosto de 1988, fecha a partir de la cual se declaró insubsistente su nombramiento por el Secretario de Salud de Santander; se opina en el "hecho" 2 que la desvinculación de la demandante sólo podía llevarla a cabo el Gobernador del Departamento, conforme al artículo 194, ordinal 2 de la Constitución Política de 1886; que la demandante es persona académicamente preparada y con excelente experiencia profesional en el desempeño de las funciones asignadas al cargo del cual se le desvinculó; menciona los diferentes títulos que ha obtenido; que por razones

ajenas al interés del buen servicio público fué removida y en su lugar se designó a una persona que carece de la formación técnica y científica y de la experiencia necesaria para el desempeño eficiente del cargo; que el Ministerio de Salud, mediante la circular 091 del 23 de diciembre de 1986, fijó como política general "que el personal preparado en áreas específicas se mantenga y ocupe los cargos acordes con su capacitación y, finalmente en el "hecho" 7, opina que su remoción se produjo mediante un acto ilegal proferido por un funcionario que carece de la atribución constitucional para remover el personal de su dependencia.

Como normas violadas invocó la demandante los artículos 16, 17, 20, 62, 135, 181, 182, 185, 187 ordinal 5 y 194 ordinales 2 y 9; 89, 94 ordinales 2 y 9, 95 ordinales 13 y 15, 100, 231 a 233, 235, 236 y 324 del Decreto 1222 de 1986; 2, 3 inciso 6, 35, 36, 76 ordinal 6, 77 y 85 del Decreto 001 de 1984; 1° del Decreto 2470 de 1986; 1° literal a) de la Ley 9a. de 1973; 2, literal b) y 3 del Decreto 056 de 1975; Decreto 356 de 1975; Decreto 694 de 1975 y artículos 1 y 2 del Decreto 1470 de 1975.

En el concepto de violación se expone que el Servicio Seccional de Salud de Santander es una dependencia administrativa del Departamento, sometida a la égida del Jefe de la Administración Seccional, a quien corresponde por mandato constitucional el nombramiento y remoción de sus empleados, tal como se dispone en el numeral 2 del artículo 194 de la Constitución Política de 1886, razón por la cual el Jefe de ese Servicio no tenía competencia para remover a la actora: que la autonomía de los Departamentos no puede limitarse por medio de decretos reglamentarios y menos por acuerdos contractuales; que los "contratos" interinstitucionales a través de los cuales se ha pretendido modificar la estructura administrativa del Departamento son inaplicables por vulnerar expresas disposiciones constitucionales, conforme al artículo 215 de la Carta y el artículo 1519 del Código Civil, por tener objeto ilícito por contravenir el derecho público de la Nación: se transcriben partes de sentencias del Tribunal del conocimiento sobre la autonomía de los Departamentos: se relata la historia jurídica desarrollada con fundamento en las leyes 12 de 1963, 65 de 1968 y 9ª de 1973, transcribiéndose algunas normas: que se incurrió en la causal de nulidad denominada desviación de las atribuciones propias del cargo, por cuanto si bien en apariencia se pretende hacer uso de la facultad de nombrar y remover libremente a un empleado bajo su mando, su interés, el del funcionario que expidió el acto acusado, no fue el de satisfacer los intereses del buen servicio público sino el de darle cabida a pretensiones y exigencias de carácter político; cita la demandante al respecto, providencias de esta Corporación y del Tribunal del conocimiento y a tratadistas de derecho administrativo.

La sentencia apelada consideró que la demandante no era funcionaria amparada por fuero alguno, sino de libre nombramiento y remoción; que si bien, en principio, el nominador en el Departamento es el Gobernador, la Constitución Política en su artículo 194, numeral 10 otorga también otras atribuciones que pueden ser establecidas por la misma Carta y por las leyes; que ese Tribunal ha reiterado que los Gobernadores si pueden delegar su función nominadora del personal adscrito al Sistema Seccional de Salud, mediante contratos de integración para cuya celebración están expresa-

mente facultados, conforme a las atribuciones que el legislador les otorgó en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 9ª de 1973 al Presidente de la República; y concluye, que tampoco existe prueba que acredite la desviación de poder.

La parte recurrente alega que el Contrato de "Reestructuración" del Servicio Seccional de Salud de Santander es inexistente al faltarle la firma del Ministro de Salud, lo cual, además, hace que el documento no sea auténtico; que si a pesar del vicio anotado el supuesto contrato tiene la virtud de modificar la estructura administrativa del Departamento, deberá tenerse en cuenta la cláusula sexta del Acta Adicional donde se exige que los nombramientos y actos de remoción de personal especializado en salud requieren para su validez aprobación previa del Ministerio de Salud, como la demandante que es una profesional especializada en Administración de Salud en la Universidad Javeriana, conforme a las pruebas que obran en el expediente; que el Tribunal del conocimiento estuvo en contra del principio de la indivisibilidad de la prueba al otorgar valor probatorio al documento en cuanto perjudica a la demandante, pero desconoce su valor en cuanto la favorece; que el nombramiento y remoción de los empleados administrativos no son actos discrecionales por cuanto la Constitución Política establece en su artículo 62 que la facultad para hacerlo sólo puede ser ejercida dentro de las normas que expida el Congreso; que en consecuencia no puede estar autorizada la delegación de la capacidad para nombrar y remover empleados administrativos por el Gobernador en un subalterno, mediante un contrato que además no fue firmado por las partes; finalmente reitera los planteamientos hechos en la demanda sobre la estructura administrativa de los Departamentos y la competencia exclusiva del Gobernados para nombrar y remover a los empleados de aquellos.

El Ministerio Público, en su vista de fondo, conceptuó que el fallo apelado debía ser confirmado (fls. 130-131).

Para resolver se considera:

La Sala verifica que en el presente caso huelga el estudio de la existencia y eficacia del contrato de reestructuración del Servicio Seccional de Salud de Santander y de su adición (fls. 58 a 67) y, por ende, si la competencia nominadora de los empleados de ese Servicio radica conforme al contrato, en el Jefe del Servicio.

Aceptando en gracia de discusión, como lo plantea la actora, que la competencia nominadora en aquel Servicio estuviera en cabeza del Gobernador, de ello resultaría que la demandante por no haber sido nombrada por dicho funcionario, sino por el Secretario de Salud y Jefe del Servicio Seccional (fl. 138), su vinculación sería ilegal, porque habría sido nominada contrariándose la Constitución Política, según el enfoque jurídico que ella misma le imprime a su libelo demandatorio.

Entonces, como el ejercicio de una competencia bajo igual normatividad no puede ser constitucional para unos casos e inconstitucional para otros, la Sala no podría

aceptar las pretensiones de la demanda, por cuanto ello implicaría el reintegro al servicio de un funcionario sin el sustento de un nombramiento acorde con la Constitución Política. En otras palabras, no podría ordenarse, en contra de la Carta, que se siguiera ejecutando un nombramiento inconstitucional.

Bien sabido es que al funcionario de hecho no le asisten derechos diferentes a los establecidos por la ley a título de contraprestación de servicios, como los salarios y las prestaciones sociales, pero en manera alguna el de reintegrarse al servicio con todas sus consecuencias.

Por ello y aunque por razones diferentes habrá la Sala de 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:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 23 de noviembre de 1989 en el proceso promovido por EVA CECILIA LOPEZ RUEDA.

Cópiese, notifiquese y devuélvase al Tribunal de origen,

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 26 de agosto 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/JUNTA DIRECTIVA/MIEMBRIO-Requisitos/**TRABAJADOR OCASIONAL**-Inexistencia

Para la sala la expresión "no en forma ocasional" que utiliza el art. 388 del C.S.T. debe armonizarse con lo establecido en el art. 6 de dicho código, según el cual "trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de la corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono, por lo que en este asunto no es dable pretender que se tache de ilegal la inscripción de los miembros de la Junta Directiva del Sindicato de Docentes de la Universidad Pedagógica Nacional elegida en asamblea general el día 10 de diciembre de 1988, por la circunstancia planeada por el apoderado de la institución universitaria, de conformormidad con la cual algunos de los integrantes de esa junta son profesores que prestaban sus servicios de manera transitoria por períodos académicos inferiores a un año para el momento de la elección, razón por la cual la situación acreditada al respecto dentro del proceso, no configura la falta del requisito a que se ha hecho mención, exigido por el art. 388 del Código Sustantivo de Trabajo y, por ende, la invalidez de la elección, en los términos del numeral segundo en esta disposición, ya que las formas de vinculación transitoria que puedan derivarse de los art. 98 y 99 del decreto 80 de 1980 no pueden equiparse a la noción de trabajo ocasional que trae ese código.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente N° 4738. Resoluciones Ministeriales. Actor: Universidad Pedagógica Nacional.

La Universidad Pedagógica Nacional, mediante apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda la declaración de nulidad de las resoluciones Nos. 0265 de 4 de mayo de 1989, 0434 de 10 de julio del mismo año y 0513 de 16 de agosto de 1989, expedidas por autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, relacionadas con la inscripción de la Junta Directiva del Sindicato de Docentes de la Universidad Pedagógica Nacional, elegida en Asamblea General el día 10 de diciembre de 1988 (folio 27 cdno. ppal.).

Como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, sostiene que el referido ministerio, en cumplimiento de lo prescrito en el Decreto N°1468 de 1979, mediante telegrama comunicó a la rectoría de la universidad respecto de la elección de la citada junta directiva e informó que si existía alguna objeción, podía informarlo a dicho ministerio, como en efecto se hizo por considerarse que algunos miembros de la junta no reunían el requisito de estar ejerciendo normalmente un cargo, es decir, no en forma ocasional al momento de producirse la elección, exigido por el artículo 388, literal c) del Código Sustantivo del Trabajo; que las partes interesadas interpusieron los recursos legales contra la resolución N°265 de 1989 que decidió inscribir parcialmente la junta directiva sindical; que la resolución N° 0434 de 1989 al resolver el recurso de reposición dispuso modificar parcialmente el artículo 1° de aquella resolución; que la resolución N° 0513 del mismo año al resolver el recurso de apelación decidió inscribir totalmente la referida junta directiva (folios 27 y 28) ibídem).

En el escrito demandatorio, en el capítulo de normas violadas y concepto de la violación (folios 28 a 31 ibídem), la parte actora señala que en este asunto se infringió el artículo 388, numeral 1°., letra c) del Código Sustantivo del Trabajo, pues algunos de los miembros de la junta directiva sindical no cumplen la condición legal de estar ejerciendo normalmente, es decir, no en forma ocasional al momento de la elección; que por esta circunstancia también se desconocieron normas de los estatutos que rigen el sindicato; que aceptar lo expuesto por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en cuanto que los afiliados del sindicato no dependen de un empleador, significa entonces que tampoco la universidad tiene la obligación de atender peticiones respetuosas en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 414, numeral 4, del mencionado código; que los artículos 98 y 99 del Decreto-ley N° 80 de 1980 que se refieren a formas de vinculación transitoria al servicio, también fueron vulnerados por el ministerio, porque la inscripción demuestra que se les dió a los miembros de la junta el carácter de servidores permanentes de la institución; que uno de los beneficios de ser miembro de una junta directiva de un sindicato, es el del fuero sindical o derecho que tiene el empleado a no ser despedido, ni desmejorado en sus condiciones de trabajo, que no puede aplicarse en este asunto a los miembros de la junta directiva objeto de impugnación, por las razones expresadas; que al no darse aplicación en el caso sub-júdice a la ley 57 de 1987 y a los artículos 3 y 4 del código a que se ha hecho referencia, tales disposiciones fueron infringidas, respectivamente, toda vez que el ministerio desconoció los artículos 98 y 99 del Decreto-Ley 80 de 1980 que es norma especial que regula la educación post-secundaria o superior y porque la parte individual del código laboral establece que ésta sólo se aplica a las relaciones

de trabajo de carácter particular y los servidores del Estado se rigen por disposiciones especiales de carácter oficial; que los actos administrativos acusados infringieron las normas a las que debían estar sujetos en su trámite de expedición.

Solicitó, además, la parte actora la suspensión de las resoluciones impugnadas con los argumentos que se leen a folio 32 ibídem del cuaderno principal, la cual fué negada por auto de 13 de noviembre de 1990 (folios 65 o 68 ibídem), puesto que cuando en esta petición sólo se señalan normas supuestamente quebrantadas sin el concepto de su violación, no se cumple la exigencia legal para la viabilidad de esta medida; que igual cosa sucede cuando el demandante se limita a invocar como desconocida una ley en su totalidad, sin identificar las normas pertinentes, como acontece en el caso sub-examine (folio 67 ibídem).

El apoderado del Sindicado de Docentes de la Universidad Pedagógica Nacional (folios 107 ibídem), se opone a las pretensiones del escrito demandatorio (folios 75 a 77 ibídem), pues si se tiene en cuenta la calidad de docentes de los miembros del sindicato, así como su misma denominación, se trata de un sindicato gremial y no de base, por lo que sin desconocer lo establecido en el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo, lo fundamental es la clase de vinculación y la labor; que aún así, acorde con las certificaciones de personal se determina con claridad, la vinculación y la labor desarrollada y, por consiguiente, la no ocasionalidad, en los términos del referido código; que como excepción de fondo se propone la inexistencia actual de los actos impugnados, ya que los actos administrativos tienen vigencia hasta que sean revocados, anulados en vía judicial o hayan expirado por el cumplimiento de una condición o de un término; que esto es lo que sucede en este asunto, porque las resoluciones acusadas tenían como finalidad jurídica acreditar la inscripción de los miembros de la junta directiva del sindicato, pero ésta ya no existe, pues fué cambiada y sustituída, por lo que el acto que la inscribió desapareció de la vida jurídica por sustracción de materia.

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado en su concepto considera que en el caso sub-lite se demostró con los documentos allegados al proceso que ninguno de los miembros de la junta directiva del sindicato era trabajador ocasional y que además los actos enjuiciados perdieron fuerza ejecutoria; que éstos se han extinguido, pues han cumplido su forma y tiempo previstos; que por ende tales actos se han agotado o consumado, porque de conformidad con la ley laboral se constituyó nueva junta directiva en el sindicato; que así las cosas, el Consejo de Estado en el caso sublite debe declararse inhibido por sustracción de materia (folios 120 a 122 ibídem).

Agotado el trámite del proceso y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso sub-examine la legalidad de los actos administrativos proferidos por autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, rela-

cionado con la inscripción de la Junta Directiva del Sindicato de Docentes de la Universidad Pedagógica Nacional, elegida en asamblea general celebrada el día 10 de diciembre de 1988 (folios 36 a 45 ibídem).

Ahora bien, respecto de la excepción propuesta por el apoderado de dicho sindicato (folio 76 cdno. ppal.), la Sala no está de acuerdo con el concepto de la agencia del Ministerio Público, en cuanto que en este asunto debe proferirse fallo inhibitorio, porque se constituyó una nueva junta directiva sindical elegida en asamblea general llevada a cabo el 23 de noviembre de 1990 (folio 82 ibídem), puesto que los actos administrativos impugnados por el apoderado de la Universidad Pedagógica Nacional surtieron sus efectos jurídicos al ordenar la inscripción de la junta directiva elegida en asamblea general el 10 de diciembre de 1988 y, por ende, existieron en la vida legal, así ahora no se encuentren vigentes, por la razón anotada, por lo que resulta viable el control de las resoluciones enjuiciadas por la jurisdicción contencioso administrativa.

Como se infiere del escrito demandatorio, la impugnación de los actos administrativos acusados se basa fundamentalmente en que algunos de los miembros de la referida junta directiva no podían ser elegidos como tales, en virtud de que eran trabajadores ocasionales o transitorios, infringiéndose el artículo 388, numeral 1°, letra c) y numeral 2°, del Código Sustantivo del Trabajo, los estatutos que rigen a la organización sindical y demás disposiciones que se invocan en el libelo de demanda (folio 28 ibídem).

Como es de conocimiento, acorde con la mencionada norma del Código Sustantivo del Trabajo, entre uno de los requisitos que se exigen para ser miembro de la junta directiva de un sindicato se encuentra el de "estar ejerciendo normalmente, es decir, no en forma ocasional, o a prueba, o como aprendíz, en el momento de la elección, la actividad, profesión un oficio característicos del sindicato, y haberlo ejercido normalmente por más de seis (6) meses en el año anterior".

Para la Sala, la expresión "no en forma ocasional" que utiliza el citado precepto debe armonizarse con lo establecido en el artículo 6 de dicho código, según el cual "trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración, y no de mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono", por lo que en este asunto no es dable pretender que se tache de ilegal la inscripción de los miembros de la Junta Directiva del Sindicato de Docentes de la Universidad Pedagógica Nacional elegida en asamblea general el día 10 de diciembre de 1988, por la circunstancia planteada por el apoderado de esta institución universitaria, de conformidad con la cual algunos de los integrantes de esa junta son profesores que prestaban sus servicios de manera transitoria por períodos académicos inferiores a un año para el momento de la elección, razón por la cual la situación acreditada al respecto dentro del proceso, no configura la falta del requisito a que se ha hecho mención, exigido por el artículo 383 del Código Sustantivo del Trabajo, y, por ende, la invalidez de la elección, en los términos del numeral segundo de esta disposición, ya que las formas de vinculación transitoria que puedan derivarse de los artículos 98 y

99 del Decreto 80 de 1980 no pueden equiparse a la noción de trabajo ocasional que trae ese código.

Por igual motivo, tampoco se han podido infringir en el caso sub-judice los estatutos de la organización sindical aludida, en cuanto a los requisitos que en ellos se señalan para ser miembro de la junta directiva del sindicato (folio 89 cdno. ppal.).

A folios 10 a 19 ibídem, aparecen las resoluciones expedidas por la universidad, en las cuales consta la forma de vinculación transitoria como profesor de medio tiempo entre el 1° de agosto y el 10 de diciembre de 1988 de Horacio Duque Giraldo y como profesores de tiempo completo de Rosa Inés Ospina Robledo entre el 25 de enero y el 17 de diciembre de dicho año, Jorge Cárdenas Galvis entre el 18 de enero y el 10 de diciembre de 1988, Jairo Duque Román por el mismo período, al igual que Isabel Catalina Rojas de Blanco, quienes figuran como miembros inscritos de la junta directiva sindical en la resolución acusada N° 0513 de 16 de agosto de 1989 (folio 38 ibídem).

De otra parte, a folio 9 del cuaderno N° 2, aparece constancia de la Jefe de Personal de la Universidad Pedagógica Nacional en la que se certifica que las personas que allí se indican trabajaron en ese centro docente durante el segundo período académico de 1988, las cuales corresponden a los miembros de la junta directiva sindical.

Así las cosas, se concluye, que éstos según los alcances dados a los comentados preceptos del -Código Sustantivo del Trabajo, no estaban vinculados a esa entidad educativa en forma ocasional, por lo que no se encontraban impedidos para formar parte de la citada junta directiva.

Fuera de ello, la Sala pone de presente que lo que exige el artículo 388 del C.S. del T. es que quien resulte elegido como profesión u oficio característicos del sindicato", y además, que lo haya hecho así "por más de seis (6) meses en el año anterior".

Así mismo, de conformidad con los estatutos del sindicato en cuestión, (fls. 89-110, Cuaderno N° 2), como también de las resoluciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que los aprobaron (fls. 111-117, Cuaderno N° 2), queda claro que esta organización es "de primer grado y de gremio". Y con la prueba documental que se allegó al proceso en cuanto a la vinculación de sus directivos -los del Sindicato- con la Universidad Pedagógica Nacional, se cumplieron en su integridad las exigencias correspondientes.

Finalmente, en lo que hace con el Decreto-Ley 80 de 1980, estatuto de la educación superior, queda claro que si bien este ordenamiento es norma orgánica de carácter especial para dicho sector educativo, no lo es menos que el Código Sustantivo del Trabajo en su parte colectiva rige tanto para el sector privado como para el oficial, y por ende, es razonable interpretar sus disposiciones de modo armónico e integral, para desentrañar su verdadero alcance y extensión; y para ello es necesario acudir a los principios generales consagrados en su Título preliminar.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda presentada por la Universidad Pedagógica Nacional, mediante apoderado, en el proceso incoado en orden a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 0265 de 4 de mayo, 0434 de 10 de julio y 0513 de 16 de agosto de 1989, proferidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, relacionadas con la inscripción de la Junta Directiva del Sindicato de Docentes de la Universidad Pedagógica Nacional, elegida en asamblea general celebrada el día 10 de diciembre de 1983.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 2 de septiembre 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.

EMPLEADO DE PERIODO/INSUBSISTENCIA- Improcedencia.

En este asunto, que el demandante fue desvinculado de la adminsitración antes de que se venciera el período de dos años, para el cual había sido nombrado, sin que se tratara de la destitución para que esta clase de funcionarios autorizan los artículos 29 y 30 de la ordenanza 020 de 1988.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá D.C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia.: Expediente N° 5505. Actos. Asambleas. Actor: Mario Arcilla Romero

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia del 27 de noviembre de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", por medio de apoderado judicial el señor Mario Arcila Romero presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Quindío con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo proferido por la Asamblea Departamental del Quindío, contenido en el acta de la sesión extraordinaria del día 9 de junio de 1989, mediante el cual se desvinculó al demandante del cargo de subsecretario de la citada corporación administrativa, al elegirse en dicho empleo al señor Alvaro Martínez Fajardo. Pidió, además, el correspondiente restablecimiento del derecho (folios 3 y 4, cdno. ppal.).

Como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones manifiesta que fue elegido para desempeñar el cargo de subsecretario de la Asamblea Departamental del Quindío, como consta en acta N° 001 del 1° de octubre de 1988, por proposición presentada por el diputado Carlos Gómez Gómez; que de acuerdo con el artículo 27 del reglamento de la citada asamblea departamental, vigente cuando se hizo la elección del demandante, su período era de dos años y, por consiguiente, sin justa causa, sólo podía ser removido de su empleo cuando el período se venciera, además de que debía seguir sirviéndole al Departamento del Quindío durante tres meses más, según el artículo 26 del mencionado reglamento de 25 de octubre de 1973; que por ordenanza N° 020 del 20 de diciembre de 1988 se dejó sin valor el reglamento anterior, pero su artículo 18 ratificó lo sostenido al respecto en el artículo 27 del reglamento anterior; que el demandante sin que hubiera incurrido en el causal de mala conducta o se le hubiera demostrado incapacidad para el ejercicio de sus funciones fue retirado del servicio en la sesión extraordinaria de clausura celebrada por la referida asamblea departamental el día 9 de junio de 1989, en la que se eligió como subsecretario al señor Alvaro Martínez Fajardo; que la desvinculación del cargo del actor se produjo cuando esa corporación administrativa se encontraba en sesiones extraordinarias, pues había sido convocada por el señor Gobernador del Departamento del Quindío por Decreto N° 0369 de 25 de mayo de 1989 para que la asamblea departamental se reuniera entre el 30 de mayo y el 10 de junio de este año y se ocupara únicamente de los asuntos propuestos en el acto de convocatoria (folios 6 y 7 ibídem).

Como disposiciones violadas el libelo cita, los artículos 185 de la Constitución Política anterior; 84 del C.C.A.; 67 del reglamento de la Asamblea Departamental; 27 del reglamento de 25 de octubre de 1973; 18 de la ordenanza N° 020 de 20 de diciembre de 1988; 26 del reglamento anterior de la asamblea y 19 del nuevo reglamento; 26 y 53 de la Carta de 1886; 29 y 30, numeral c) de la ordenanza N° 020 del 20 de diciembre de 1988.

Expone, en síntesis, como concepto de la violación, que la administración goza de la facultad de libre nombramiento y remoción de sus agentes, pero cuando éstos no tienen señalado un período en la ley o el reglamento, pues si se encuentran amparados por un período, como en el caso del demandante, sólo pueden ser desvinculados del servicio al cumplir el período o con antelación, siempre y cuando existan motivos de justificación; que de lo contrario, se incurre por el organismo en abuso de poder, falsa motivación y expedición irregular del acto; que en este asunto la remoción del demandante se produjo, además, no por razones del buen servicio, sino por cuestiones de puro sabor político partidista, por lo que el acto impugnado es aún más ilegal y arbitrario, lo que conlleva a que se declare su nulidad (folios 7 a 12 ibídem).

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal del conocimiento en la sentencia consultada, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (folios 148 a 156 cdno. Ppal.), pués consideró, en síntesis, que el demandante era un empleado público que gozaba de relativa estabi-

lidad en el empleo que ocupaba, porque su elección tiene determinado un período de dos años, durante el cual no podía disponerse su remoción mediante decisión discrecional de la administración; que de otra parte, del acervo probatorio allegado al proceso, se establece que realmente la finalidad de la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor no obedeció al mejoramiento del servicio, sino a la satisfacción de intereses de carácter político, por lo que por esta razón queda desvirtuada la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, ante la evidencia de la desviación de poder en que se incurrió en este asunto por parte de la Asamblea Departamental del Quindío.

LA VISTA FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo, estima que la sentencia consultada amerita ser confirmada (folios 161 a 165 cdno. pal.), puesto que al actor en el caso sub-júdice se le desconoció el período de dos años del empleo para el cual había sido designado por la Asamblea Departamental del Quindío.

Cumplido el tramite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

Comparte la Sala el criterio expuesto por el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo, en cuanto que la sentencia consultada del 27 de noviembre de 1990, dictada en este asunto por el Tribunal Administrativo del Quindío, amerita ser confirmada.

En efecto, como lo anota el a quo en la citada providencia, las excepciones propuestas por el apoderado del Departamento del Quindío en la contestación del líbelo (folios 5 y 6 cdno. N° 2), sobre inepta demanda por indebida acumulación de acciones y pretensiones y de inconstitucionalidad, no están llamadas a prosperar; pues es claro que en el caso sub-júdice el demandante instauró la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", y no la acción pública de nulidad. De otra parte, no existiendo norma constitucional o legal que de manera expresa señale las condiciones de vinculación al servicio de los empleados públicos de las asambleas departamentales, bien pueden estas corporaciones administrativas hacerlo, conforme a lo que dispongan sobre el tópico las normas que para el efecto ellas profieran, en virtud de lo establecido en el numeral 5° del artículo 187 de la Carta de 1886, vigente para la época en que fue expedido el acto acusado.

En lo que se relaciona con el fondo del asunto, basta para confirmar la sentencia consultada, lo sostenido por el Tribunal del conocimiento, respecto de la estabilidad laboral que tenía el demandante para el momento en que fue desvinculado de la administración, pues el período del cargo de subsecretario de la Asamblea Departamental del Quindío que desempeñaba, era de dos años, según lo dispuesto en el

artículo 18 de la ordenanza N° 020 de 20 de diciembre de 1988, vigente para cuando el actor fue retirado del servicio, ordenanza que según su artículo 210 deroga los reglamentos anteriores, entre ellos, el reglamento de la asamblea del año 1973 (folio 43 ibídem) que en su artículo 27 (folio 20 ibídem) establecía un período de dos años, el mismo de la corporación, para el secretario y subsecretario, de distinta filiación política, mientras estuvieran vigentes las normas plebiscitarias sobre paridad.

Con base en el expediente se concluye que el actor fue designado como subsecretario de la Asamblea Departamental del Quindío el 1° de octubre de 1988 (folios 82, 83 y 87 ibídem) y la elección de su remplazo se produjo el 9 de junio de 1989 (folios 95 y 98 ibídem), antes de que se venciera el período para el cual había sido nombrado.

Está claro pues, en este asunto, que el demandante fue desvinculado de la administración antes de que se venciera el período de dos años, para el cual había sido nombrado, sin que se tratara de la destitución que para esta clase de funcionarios autorizan los artículos 29 y 30 de la ordenanza N° 020 de 1988.

La Sala ordenará el descuento de los salarios y prestaciones sociales que hubiera percibido el actor, en el mismo período, del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, por las siguientes razones:

a) Al igual que el artículo 64 de la Constitución Política de 1886, el 128 de la Carta actual prohíbe recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, salvo las excepciones que establezca la ley.

b) Entre tales excepciones no se encuentra la percepción simultánea de salario por el desempeño de un empleo y los valores correspondientes a los salarios y haberes dejados de percibir por la desvinculación del servicio público anulada por esta jurisdicción.

c) Dentro de los efectos de las sentencias de reintegro y pago de aquellos haberes, está precisamente el de tener por tiempo servido para todos los efectos legales el correspondiente al lapso durante el cual estuvo cesante el empleado. Luego, aunque no hubo un desempeño real del empleo, lo cierto es que por mandato legal para efectos jurídicos se entiende por laborado dicho período.

d) El título bajo el cual se causan tales haberes no es el de indemnización o reparación del daño, sino de restablecimiento del derecho, que es armónico con la ficción de haber desempeñado el cargo mientras estuvo cesante. Si fuere a título de indemnización o reparación del daño, tal ficción sería imposible, porque la nulidad y el consecuencial restablecimiento del derecho en esos casos, coloca la situación jurídica como si el desvinculado jamás hubiera estado cesante.

e) Frente a la prohibición constitucional, esta jurisdicción al proferir sus sentencias está obligada a ordenar dicho descuento, porque el imperio de la Constitución

y de la ley es insosloyable.

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

FALLA:

Confirmase la sentencia proferida el 27 de noviembre de 1990, por el tribunal Administrativo del Quindío, en el proceso incoado por el señor Mario Arcila Moreno con el fin de obtener nulidad del acto administrativo expedido por la Asamblea Departamental del Quindío contenido en el acta de la sesión extraordinaria del día 9 de junio de 1989, mediante la cual se desvinculó al actor del empleo de Subsecretario de la citada corporación administrativa, al elegirse en el referido cargo al señor Alvaro Martínez Fajardo.

De las sumas adeudadas, se descontarán al actor los valores que haya recibido en el mismo período, por concepto de salarios y prestaciones del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 2 de septiembre de 1993.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Aclara voto, *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA/DESCUENTO/REINTEGRO-Efectos/ RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Aclaración de voto).

Dentro de los efectos de las sentencias de reintegro y pago de aquellos haberes, está precisamente el de tener por tiempo servido para todos los efectos legales al correspondiente al lapso durante el cual estuvo cesante el empleado. Luego, aunque no hubo desempeño real del empleo, lo cierto es que por mandato legal para efectos jurídicos se tiene por laborado dicho período. El título bajo el cual se causan tales haberes no es el de indemnización o reparación del daño, tal ficción sería imposible, porque la nulidad y el consecuencial restablecimiento del derecho en esos casos, coloca la situación jurídica como si el desvinculado jamás hubiera estado cesante.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 17 DE SEPTIEMBRE DE 1993 EN EL PROCESO N° 5505. ACTOS DE LAS ASAMBLEAS. ACTOR: MARIO ARCILA ROMERO.-

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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 separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte 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 confirmada, 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, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló - de manera reiterada- 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. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, los departamentos y 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 pueden aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en este punto de 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 la indemnización moratoria conforme al artículo 1° 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 sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o 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 repara 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 tienen su fuente de esa relación de servicio...." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. Contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente N° 40.878, Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R, marzo 11/87; de igual manera, en el exp. N° 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el exp. N° 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S. octubre 15/85; posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada de Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamiento 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 pueda 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 esta 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.

Ahora bien; como en la providencia de la cual me aparto se incluyen algunas nuevas consideraciones que no fueron hechas por la Sala en asuntos similares anteriores, estimo conveniente adicionar también esta aclaración, para recalcar los siguientes aspectos:

No creo que las afirmaciones contenidas en las páginas 6 y 7, literales a) y b) de la sentencia (fls 171-172), se acomoden a los parámetros del artículo 128 de la Carta, porque la sentencia parte de un supuesto equivocado -a mi modo de ver- , como es el dar por sentado que las sumas que se ordena reconocer tienen el carácter de "asignación"; como en mi opinión no poseen esa naturaleza, tampoco puede afirmarse, entonces que constituyan una "segunda asignación".

Del mismo modo, pienso que lo afirmado en el literal c) del fallo, no es exacto, porque no hay mandato legal alguno que diga que en razón de que se pueda declarar que no existe solución de continuidad por virtud del lapso que el empleado haya permanecido fuera de su cargo, esto implique que lo que recibe por el mismo sea una "segunda asignación", para los efectos relacionados con la norma constitucional en la cita.

Fuera de lo anterior, considero que en el literal d) del mismo punto se incurre en una ostensible confusión jurídica, al convertir en antónimos los términos "indemnización" y "restablecimiento del derecho", cuando en verdad nada obsta para que el pago de una indemnización pueda ser parte del restablecimiento del derecho lesionado.

Por todo ello, tampoco es cierto que -como lo dice el literal e)-, esta jurisdicción esté obligada a ordenar dicho descuento. No lo señalan así ni la Constitución ni la ley. Por consiguiente, esa orden es fruto de una interpretación que hace la mayoría de la Sala, que como ya tuve ocasión de manifestarlo, considero equivocada, y que por las razones que anteceden, no comparto.

Con todo acatamiento,

CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

DECAIMIENTO DEL ACTO/PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA/ SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos.

La facultad reglamentaria se encuentra influida mediante la Constitución e inmediatamente por la propia ley, de tal modo que si la ley desaparece deviene en inejecutable el reglamento, independientemente de su conformidad o inconformidad con la ley o con la Carta; fenómeno que se conoce como el de la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo y contempla el número 2 del artículo 66 del C.C.A. El Decreto Ley 1660 de 1991 fue objeto de acusación de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, la cual en sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992 lo declaro inexequible en todas sus partes, por ser contrario a la constitución; es decir, por razones de fondo y de ese momento en adelante no ha mudado la constitución y son inejecutables las previsiones legales afectadas. En tal virtud, el acto administrativo reglamentario ha decaido y perdido su fuerza ejecutoria desde la fecha del fallo de inexequibilidad de la que reglamentaba; hasta esa fecha, como no había sido anulado ni suspendido, rigió como presuntamente legal. Se hallaba vigente para el momento de la presentación de la demanda en su contra, pero en el momento se encuentra afectado de inconstitucionalidad en forma independiente del eventual vicio de exceso de poder reglamentario, por lo cual se impone la declaración de nulidad por la misma inconstitucionalidad (art. 84 inc. 2° C.C.A.) al tener que seguir la suerte de la ley a la cual se encontraba ligada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Gongora*

Referencia: Expediente N° 6196. Autoridades Nacionales. Actor: Jorge Eliud Villa Taborda.

En ejercicio de la acción pública de nulidad (art. 84 C.C.A.), JORGE ELIUD VILLA TABORDA demandó la nulidad parcial del Decreto 2100 del 6 de septiembre de 1991"por el cual se reglamenta el Decreto Ley 1660 de 1991", publicado en el Diario Oficial 40.021 del 9 de septiembre de 1991 (fl. 1).

1. Las normas acusadas. Tal como se pide son a saber:

a) El inciso 2° del artículo 1°, que dice:

"También se aplicarán a los empleados o funcionarios de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados".

b) El inciso 2° del artículo 10, que reza:

"En consecuencia, la cesación en el ejercicio de funciones de que trata el artículo 2° del Decreto 1660 de 1991, sólo se refiere al cese en el ejercicio de funciones específicas del cargo que se venía desempeñando y no constituye una sanción para el empleado o funcionario".

c) Del parágrafo del artículo 8°, que dispone:

"Parágrafo. Las autorizaciones para adoptar planes en sus dos modalidades, así como las declaratorias de insubsistencia con indemnización, dentro de los mismos planes, en las entidades territoriales y en sus entes descentralizados, deberán ser otorgados por los correspondientes Gobernadores, Alcaldes, según el caso", y,

d) El artículo 12, cuyo tenor es:

"Monto de la bonificación. El valor de la bonificación en ningún caso podrá exceder el ciento veinte por ciento (120%) de la indemnización que le correspondería de acuerdo con el artículo 4° de este decreto, ni ser inferior al monto de la misma".

En sentir del demandante y de modo genérico los textos cuestionados exceden la potestad reglamentaria, que para cada uno de ellos precisa: el primero de ellos porque amplía su ámbito de aplicación a las entidades territoriales y a los entes descentralizados no contemplados en el decreto ley que se reglamenta; o modifica sustancialmente el texto de las causales de retiro previstas en la ley, ya que cosa distinta es la cesación definitiva en el ejercicio de funciones públicas de la ley y diverso el cese en el ejercicio de funciones específicas de acuerdo con el reglamento. El parágrafo acusado se excede en cuanto se aplica a sujetos no dispuestos por la ley y, en lo referente al monto de la bonificación, porque la ley indicó que su valor no podrá exceder al 20% de la indemnización (fl. 4).

2. La actuación

Notificado el departamento Administrativo del Servicio Civil concurrió al proceso y al oponerse a las peticiones expuso que el Decreto Ley 1660 de 1991 se refiere a la Rama Ejecutiva del Poder Público por lo cual el reglamento lo que ha hecho es explicar su contenido según la definición del artículo 115 de la Carta Política de 1991. Que en el mismo sentido en el aparte dubitado del artículo 2° del reglamento 1° que se ha hecho es una precisión que no puede entenderse como impedimento para reingresar al servicio y en el punto de la bonificación se trata simplemente de una operación matemática ya que si la bonificación no puede ser inferior a la indemnización del Decreto 1660, ella corresponde al 100% de la misma, aumentada en un 20% da un total de 120% que es lo que contempla el artículo 12 del Decreto 2100 de 1991 (fl. 14).

Sus apreciaciones fueron ampliadas en su alegato de instancia (fls. 31-34).

El ministerio Público no alegó.

CONSIDERACIONES:

1. De conformidad con los artículos 241 y 237 de la Constitución vigente, el control de legalidad de los decretos expedidos por el Presidente de la República bajo invocación de las facultades concedidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política corresponde al Consejo de Estado, de conformidad con las leyes que le definan su competencia, por lo cual procede por este aspecto el conocimiento y la decisión respecto de esta demanda.

2. Como expresión del principio constitucional contenido en el artículo 4° de la Norma Fundamental, su artículo 243 al tratar sobre los fallos de la Corte Constitucional determinó su efecto erga omnes e impuso la prohibición perentoria a las autoridades para no reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación.

3. La facultad reglamentaria se encuentra influida mediatamente por la Constitución e inmediatamente por la propia, de tal modo que si la ley desaparece deviene en inejecutable el reglamento, independientemente de su conformidad o inconformidad con la ley o con la Carta; fenómeno que se conoce como el de la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo y que contempla el número 2 del artículo 66 del C.C.A.

4. El Decreto Ley 1660 de 1991 fue objeto de acusación de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, la cual en sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992 lo declaró inexequible en todas sus partes, por ser contrario a la Constitución; es decir, por razones de fondo y de ese momento en adelante no ha mudado la Constitución y son inejecutables las previsiones legales afectadas.

En tal virtud, el acto administrativo reglamentario ha decaído y perdido su fuerza ejecutoria desde la fecha del fallo de inexequibilidad de la ley que reglamentaba; hasta esa fecha, como no había sido anulado ni suspendido, rigió como presuntamente legal.

Se hallaba vigente para el momento de la presentación de la demanda en su contra, pero en el momento se encuentra afectado de inconstitucionalidad en forma independiente del eventual vicio de exceso de poder reglamentario, por lo cual se impone la declaración de nulidad por la misma inconstitucionalidad (art. 84 inciso 2° C.C.A.) al tener que seguir la suerte de la ley a la cual se encontraba ligada, como habrá de declararlo la Sala.

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

FALLA:

Declárase la nulidad de los siguientes textos del Decreto 2100 de 1991:

a) El inciso 2° del artículo 1°, que dice:

"También se aplicarán a los empleados o funcionarios de entidades territoriales y de sus entes descentralizados".

b) El inciso 2° del artículo 10, que reza:

"En consecuencia, la cesación en el ejercicio de funciones de que trata el artículo 2° del Decreto 1660 de 1991, sólo se refiere al cese en el ejercicio de funciones específicas del cargo que se venía desempeñando y no constituye una sanción para el empleado o funcionario".

c) Del parágrafo del artículo 8°, que dispone:

"Parágrafo. Las autorizaciones para adoptar planes, en sus dos modalidades, así como las declaratorias de insubsistencia con indemnización, dentro de los mismos planes, en las entidades territoriales y en sus entes descentralizados, deberán ser otorgados por los correspondientes Gobernadores, Alcaldes, según el caso" y,

d) El artículo 12, cuyo tenor es:

Monto de la bonificación.-El valor de la bonificación- en ningún caso podrá exceder el ciento veinte por ciento (120%) de la indemnización que le correspondería de acuerdo con el artículo 4° de este Decreto, ni ser inferior al monto de la misma".

COPIESE Y NOTIFIQUESE

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 2 de septiembre de 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.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DICTADA EL 17 DE SEPTIEMBRE DE 1993 EN EL PROCESO N° 6853. ASUNTOS MUNICIPALES. ACTOR: LUIS ARMANDO TRUJILLO MARTINEZ.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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 separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte 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 confirmada, 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, declaro nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- 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 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 empresa 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 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 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 la indemnización moratoria conforme al artículo 1° 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 sueldo, no se asimila a la indemnización . Devengar simultáneamente sueldo o 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 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 al 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 tienen su fuente de esa relación de servicio..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente N° 40.878, Ponente: H. Magistrado Alberto Rodríguez

R, marzo 11/87; de igual manera, en el exp. N° 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el exp. N° 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. 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 esta 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 Gongora.

REINTEGRO

El INDERENA cumplió a cabalidad la orden impartida en la sentencia del 1 de diciembre de 1988 del T. Adtivo del Magdalena, por lo cual resulta procedente acceder a las pretensiones del actor, pues no se trasgredieron las normas que se citan como infringidas en el libelo demandatorio. Así las cosas, se torna inocuo analizar las razones de índole personal y familiar expuestas por el acto al fin de demostrar que lo indicado era disponer su reintegro en Santa Marta o Barranquilla, pues ellas no afectan la validez del acto impugnado, pues la administración no estaba obligada legalmente a tener en cuenta al efecto tales circunstancias, como si estaba compelida a cumplir el fallo, a velar por los intereses del buen servicio público.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Inexistencia/**RECURSO DE REPOSICION**-Improcedencia/**VIA GUBERNATIVA**-Agotamiento

No es del caso declarar configurado el silencio administrativo negativo frente al recurso de reposición presentado contra la resolución 928 de 1989, toda vez que para agotar la vía gubernativa y acceder a la jurisdicción contencioso administrativo, el accionante no requería interponer dicho recurso, por no ser este obligatorio para ese efecto, bastándole por ende, impugnar directamente dicha resolución, como lo hizo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4918. Autoridades Nacionales. Actor: Jorge Jiménez Pianetta.

El señor JORGE JIMENEZ PIANETTA, mediante apoderado, solicita a esta Corporación declarar la nulidad tanto de la Resolución N° 0928 de 14 de agosto de 1989 expedida por el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente INDERENA- por la cual se le reintegró al cargo de profesional especializado 3010-09 adscrito al proyecto de Microcuencas, con sede en Granada, como del acto presunto que negó el recurso de reposición contra dicha resolución y, que como consecuencia, se ordene al INDERENA reintegrarlo al cargo de profesional especializado en la Regional Magdalena, como lo señala la sentencia proferida el 1° de diciembre de 1988 por el Tribunal Administrativo de ese departamento, o en su defecto al mismo cargo o a otro de igual categoría en la Seccional del Inderena de Barranquilla.

HECHOS:

Como fundamentos de la acción se relata en la demanda, que mediante la sentencia mencionada se ordenó el reintegro del actor al cargo de Profesional Especializado en la Regional del Inderena en el Magdalena, que ocupaba en el momento en que fué desvinculado del servicio: que ante la demora de su reintegro y como se hallaba residenciado en Barranquilla, el accionante solicitó se le "reenganchara" en esa ciudad. No obstante, por medio del acto acusado se le reintegró a la Regional de los Llanos Orientales.

No obstante, señala, acatando el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, tomó posesión del nuevo cargo, el cual actualmente ejerce, a pesar de que tenía su domicilio en Barranquilla, casa en copropiedad con su señora, hipotecada al Fondo Nacional del Ahorro, cuatro hijos estudiando en esa ciudad y a sus ancianos padres a su cargo, lo que le impide domiciliarse y laborar, siquiera por corto tiempo en una localidad tan distante de Barranquilla como lo es Granada.

Cita como transgredidos, la sentencia de 1° de diciembre de 1988 del Tribunal Administrativo del Magdalena, los artículos 584, 174 y 176 del C.C.A. y 30 del Decreto 1950 de 1973 y jurisprudencia del Consejo de Estado, aduciendo que en esa sentencia se declaró la nulidad de la Resolución N° 110 de 1984, que dispuso la insubsistencia de su nombramiento como profesional especializado del Inderena Regional Magdalena y se ordenó a ese Instituto reintegrarlo a dicho cargo o a otro de igual categoría, con lo cual no sólo se señaló la denominación del empleo sino el lugar donde debía ejercerse, esto es en Santa Marta; sin embargo la administración no ordenó su reintegro en esa ciudad, por lo que infringió los artículos 174 y 177 del C.C.A. que consagran la obligatoriedad de las sentencias e incurrió en desviación de las atribuciones que le eran propias, pues a sabiendas de que siempre desempeñó sus funciones en la Costa Atlántica más exactamente en Santa Marta y en Barranquilla y que se hallaba radicado en esta última ciudad, lo reintegró a una regional distinta y distante de donde tenía su domicilio.

Argumenta igualmente el actor que la resolución enjuiciada ordenó un "reintegro traslado", el cual pudiera pensarse, se dispuso por necesidades del servicio, pero si ello fué el querer del Inderena -trasladar al actor- debió motivar dicho acto y analizar

que el traslado implicaba condiciones desfavorables, puesto que se hallaba domiciliado en Barranquilla, donde insiste, tiene su hogar conformado por su esposa oriunda de la Costa Atlántica y Profesora del Inem de esa ciudad y cuatro hijos, tres de los cuales estudian allí, y sus ancianos padres y su suegra bajo su responsabilidad y porque además posee una pequeña finca en Sabanagrande (Atlántico), con lo cual pudo cumplir sus obligaciones familiares durante el tiempo que permaneció desvinculado del Inderena.

La parte demandada se opone a las pretensiones del actor, recalcando que sí cumplió la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, ya que en ella se ordenaba reintegrar al actor al cargo que ocupaba, pero no se indicó que el reintegro debía efectuarse en ninguna ciudad en particular (folios 65 a 69 y 78 a 82).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada ante el Consejo de Estado, solicita que no se acceda a los pedimentos de la parte actora, porque "el efecto jurídico de la expresión "o a otro de igual categoría" es ordenar a la administración que reintegre al ilegalmente desvinculado al mismo cargo del cual fué injustamente separado, pero, si esto no fuere posible, se verifique el reintegro en otro cargo pero de IGUAL CATEGORIA"; ello implica que se trata de alternativas que tiene la administración para dar cumplimiento a la sentencia favorable a las pretensiones; de modo, anota, que debe cumplir la sentencia en la medida de las posibilidades reales que tenga, correspondiéndole al demandante demostrar que al disponer su reintegro en otro sitio, se buscó eludir el ordenamiento judicial.

Sin embargo, en el sub-lite, lo que evidencia el acervo probatorio es que en la medida de las circunstancias se dio cumplimiento al mandato judicial y "que el traslado le es inconveniente al demandante por razones de orden familiar, pero no se acredita en qué consistió la ilegalidad de la actuación administrativa." (folio 87).

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La resolución N° 0928 de 1989, objeto de impugnación, fué expedida como está dicho, en ejecución de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 1° de diciembre de 1988, en la cual se ordenó el reintegro del accionante "al cargo por él ocupado al momento de su insubsistencia o a otro de igual categoría" (fl.11).

Para dar cumplimiento a ese fallo el Gerente General del Inderena, en el acto acusado dispuso "Reintegrar al doctor Jorge Jiménez Pianetta, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1'769.263 de Santa Marta, al cargo de profesional especializado 3010-09, con una asignación básica mensual de ciento cuarenta y nueve mil

ciento cincuenta pesos ($149.150.oo) M/cte, y un incremento por antigüedad mensual de diecinueve mil trescientos noventa y un pesos ($19.391.oo) M/cte. de conformidad con lo ordenado por la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, "aclarando que "El cargo a que se refiere el artículo anterior se encuentra adscrito al Proyecto: Conservación de Microcuencas, Subproyecto: Conservación de Microcuencas de Acueductos Veredales y Municipales; Unidad Administrativa: Dirección Regional Llanos Orientales, sede Granada."

En la demanda que dió origen a la orden de reintegro, previa petición de nulidad de la resolución N° 1110 de 8 de noviembre de 1988, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de profesional especializado del proyecto de Desarrollo Rural Integrado -DRI- del Inderena Regional Magdalena, sin que se especificara el sitio en que prestaba sus servicios, el actor requirió al Tribunal "que como consecuencia de la declaración anterior se debe reintegrar al cargo que venía desempeñando el Dr. Jorge Jiménez Pianetta hasta el momento de haber sido declarado insubsistente."

Tampoco en ese libelo se indicó que el reintegro debía efectuarse en la ciudad de Santa Marta o en la de Barranquilla, ni en ningún lugar especial del país, como ahora se solicita en el escrito introductorio de la acción que en esta ocasión se decide.

Como se expresó, el Tribunal Administrativo del Magdalena accedió a la petición de revinculación del demandante ordenando el reintegro "al cargo por él ocupado al momento de su insubsistencia o a otro de igual categoría." (fl. 11), sin que el doctor Jiménez Pianetta haya interpuesto contra el fallo recurso alguno según se lee en la constancia que obra a folio 14, de modo que la administración podía optar por reintegrarlo al mismo cargo "o a otro de igual categoría", que fue lo que hizo el Gerente General del Inderena. Tal decisión, además y según la certificación obrante a folio 63, obedeció al hecho de que "dentro del período comprendido entre el 1° de diciembre de 1988 y el 14 de agosto de 1989, en la planta de personal del Instituto no se presentó vacancia del cargo de Profesional Especializado 3010-09 en ninguna de sus dependencias, excepto el del Proyecto de Conservación de Microcuencas, Veredales y Municipales de la Dirección Regional Llanos Orientales".

En un caso en que se debatían cuestiones similares a las que constituyen el fundamento de la presente contención, la Sala en sentencia fechada el 29 de julio de 1991, con ponencia del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, dijo:

> "El Ministerio de Educación Nacional, para dar cumplimiento a la sentencia, dispuso en los actos acusados "reintegrar al señor LUIS ANTONIO MOLINA HERNANDEZ en el Instituto Nacional de Educación Diversificada -INEM- de Villavicencio" (fls. 91-94).
>
> Tal decisión guarda armonía con la disposición judicial que el Ministerio trataba de cumplir, la cual daba la opción de reintegrar al actor al cargo anterior "o a otro de igual o superior categoría y remuneración". Más aún, era eso mismo lo que

se le había solicitado en la demanda que culminó con aquella sentencia, según se lee en la transcripción que ésta hace del **petitum** (fls. 16-25).

Hubo pues, cabal congruencia, de una parte, entre lo pedido en la demanda que dió origen al primer proceso y la sentencia en que culminó y, de otra, entre esta sentencia y su ejecución por parte de la administración.

Así pues, el Ministerio de Educación Nacional, al ubicar al demandante en el INEM "Luis López de Mesa" de Villavicencio, hizo uso adecuado de la opción o alternativa que le permitía el fallo de esta jurisdicción.

Y más adelante agrega:

"Carece, pues, de razón y fundamento la censura que hace el actor a la conducta de la administración de constituir "incumplimiento y burla notoria descarada de la sentencia".

Dentro del contexto anterior, agrega la Sala, que para ser razonables los pedimentos del actor, era necesario que la sentencia hubiera ordenado expresamente el reintegro a un cargo determinado, o al menos hubiera establecido un orden preferencial, y que la administración injustificadamente se hubiere abstenido de atenderlo.

Los razonamientos anteriores sustentan la convicción de la Sala de que el Inderena cumplió a cabalidad la orden impartida en la sentencia del 1° de diciembre de 1988 del Tribunal Administrativo del Magdalena, por lo cual resulta improcedente acceder a las pretensiones del actor, pues no se transgredieron las normas que se citan como infringidas en el libelo demandatorio.

Así las cosas, se torna inocuo analizar las razones de índole personal y familiar expuestas por el actor a fin de demostrar que lo indicado era disponer su reintegro en Santa Marta o Barranquilla, pues ellas no afectan la validez del acto impugnado, pues la administración no estaba obligada legalmente a tener en cuenta al efecto tales circunstancias, como sí estaba compelida al cumplir el fallo, a velar por los intereses del buen servicio público.

Resta agregar que no es del caso declarar configurado el silencio administrativo negativo frente al recurso de reposición presentado contra la Resolución N° 928 de 1989, toda vez que para agotar la vía gubernativa y acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, el accionante no requería interponer dicho recurso, por no ser éste obligatorio para ese efecto, bastándole por ende, impugnar directamente dicha resolución, como lo hizo.

Igualmente cabe advertir que tampoco procede hacer un pronunciamiento sobre la excepción de inepta demanda propuesta por la apoderada de la parte demandada (folio 68), en virtud de que se fundamenta en el hecho de que la sentencia del tribunal

del Magdalena fue cumplida cabalmente por la administración, lo cual constituyó la razón misma de la controversia planteada en el sub-lite, toda vez que el demandante no comparte esta apreciación.

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 formuladas en el proceso promovido por JORGE JIMENEZ PIANETTA.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 26 de agosto 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.

NOTA DE RELATORIA: Reitera la sentencia de fecha 29 de julio de 1991, Consejero Ponente: Dr. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER.

REINTEGRO-Lugar (Salvamento de Voto)

En mi sentir, el Instituto demandado -INDERENA-, realmente no le dió cumplimiento a la sentencia del T. Adtivo del Magdalena. Ciertamente, lo que hizo fue distorcionar el mandato judicial para acatarlo a su acomodo. En el fondo, implica una verdadera burla contra la decisión citada; cumplir es hacer o realizar aquello a lo que se está obligado. Y en el caso de autos la obligación del INDERENA era reintegrar al actor al empleo del que fue removido; y no a otro distinto, situado geográficamente en un lugar distante de aquél.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 17 DE SEPTIEMBRE DE 1993 EN EL PROCESO N° 4918. AUTORIDADES NACIONALES. -ACTOR: JORGE JIMENEZ PIANETTA.

Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Con el respeto de siempre por la decisión mayoritaria de la Sala, me permito señalar brevemente las razones que me llevaron a disentir de lo resuelto en este punto, así:

El demandante obtuvo sentencia favorable del Tribunal Administrativo del Magdalena para que se le reintegrara en el cargo del cual había sido ilegalmente removido, con las demás consecuencias ínsitas a esta decisión. Como sus servicios los había prestado al INDERENA del Magdalena, su reintegro ha debido producirse allí; sin embargo, la entidad pretextando cumplir la sentencia, dispuso su "reintegro" en los Llanos Orientales, con sede en Granada. Contra el acto respectivo interpuso recurso de reposición, pero éste no le fué desatado. De igual manera, como entendió que el acto estaba amparado por la presunción de legalidad, tomó posesión de dicho empleo

y lo demandó judicialmente para tratar de lograr la plena efectividad del fallo en comento.

En mi sentir, el Instituto demandado -INDERENA-, realmente no le dio cumplimiento a la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena. Ciertamente, lo que hizo fueé distorsionar el mandato judicial para acatarlo a su acomodo. En el fondo, implica una verdadera burla contra la decisión citada; cumplir es hacer o realizar aquello a lo que se está obligado. Y en el caso de autos la obligación del Inderena era reintegrar al actor al empleo del que fué removido; y no a otro distinto, situado geográficamente en un lugar bastante distante de aquél.

Así las cosas, el acto ha debido anularse.

Como si lo anterior no fuese bastante, se tiene que además el demandante hizo una presentación detallada de los perjuicios que le acarreaba ese singular "traslado", a fin de que se revocara el acto y se le restableciera cabalmente en sus derechos laborales. Empero, ni la administración ni el fallo del cual me aparto hicieron un análisis de fondo sobre este aspecto.

Pienso que la providencia dictada por la mayoría de la Sala le abre la puerta a las conductas amañadas y torcidas de la Administración Pública, para no darle cumplimiento estricto a las sentencias que ordenan el reintegro del demandante. Y ello, naturalmente, redunda en detrimento de la justicia real.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Expediente N° 4918. Autoridades Nacionales. Actor: Jorge Jiménez Pianetta.

PERSONAL DOCENTE/ESCALAFON DOCENTE/EXCLUSION DEL ESCALAFON-Inexistencia/**SUSPENSION EN EL ESCALAFON/ INSUBSISTENCIA**-Improcedencia

El derecho a la estabilidad como ya lo ha precisado la Sala en sentencia anterior (III-25 de 1992. Expediente 870) es un derecho inherente al estatus del escalafón y por ello solo cuando éste se pierde por exclusión del docente, procede su separación de cargo, bien por destitución o por insubsistencia. Lo que pierde el docente son los derechos incompatibles con la suspensión, entre otros, la prelación para los traslados, promociones, comisiones de estudio y además, que se tenga en cuenta ese tiempo para ascenso en el escalafón. La anterior interpretación, concuerda con lo previsto en el numeral 3 artículo 49 del Decreto 2277/ 79 que la "exclusión del escalafón" determina el retiro del servicio del docente mediante la destitución y, con el artículo 31 ibídem que dice que "el educador tiene derecho a, permanecer en el servicio, mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años ápara su retiro forzoso", lo que significa, que en tanto el docente permanezca dentro del escalafón así esté suspendido temporalmente, tiene derecho a la permanencia en el servicio. Por lo demás, la figura de la insubsistencia sólo procede para los docentes en los dos casos previstos en el artículo 68 ibídem, a saber: cuando se trate de personal sin escalafón y cuando el nombramiento haya sido ilegal y no puede aseverarse que quien esté inscrito en el escalafón, así se encuentre suspendido en el mismo, sea un docente sin escalafón.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá D. C., septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y tres (1993).-

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente N° 7039. Consulta Sentencia. Actor: Cecilia Tarazona Alvarez.

Se conoce en grado de consulta, la sentencia de 25 de marzo de 1992 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso promovido por Cecilia Tarazona Alvarez contra la Nación -Ministerio de Educación Nacional-.

ANTECEDENTES

El Tribunal en el fallo objeto de consulta declaró la nulidad de la Resolución N° 2839 de 21 de junio de 1991 proferida por la Gobernadora de Santander, que declaró insubsistente a la accionante en el cargo de profesora de tiempo completo de la Escuela Normal del Municipio de San Andrés (Santander), ordenó el reintegro de la docente, el pago de todos los emolumentos dejados de percibir, determinó que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y dispuso el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Consideró el a quo que la insubsistencia en el cargo de un educador escalafonado debe estar precedida de su exclusión del escalafón y que si la actora fue suspendida por el término de seis (6) meses en el escalafón, no significa que quedó excluida de éste, de manera que no podía ser removida del cargo, como ocurrió; concluyó por lo tanto que se violaron las normas indicadas como infringidas, por lo que procedió a declarar la nulidad impetrada (fls. 39-51).

La Fiscalía Novena de la Corporación, opina que debe confirmarse el fallo consultado, debido a que la "pérdida de los derechos y garantías de la carrera docente por el término de la suspensión" que implica la suspensión del escalafón se refiere a los privilegios propios del estatus de escalafonado como el salario, las bonificaciones, las vacaciones, las licencias, los cursos de preparación, los concursos, etc, no a la estabilidad del empleo que sólo se pierde por exclusión del escalafón, como quiera que la ley no previó la insubsistencia del nombramiento por esta causa.

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Gobernadora de Santander en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, declaró insubsistente el nombramiento de la accionante, quien se encuentra inscrita en el grado once (11) del escalafón docente como profesora de tiempo completo, área de Biología y Química, de la Escuela Normal del Municipio de San Andrés (fl. 5-6).

Previamente a la expedición del acto acusado, la accionante había sido sancionada con suspensión en el escalafón docente, lo que le acarreó "pérdida de los derechos y garantías de la carrera docente por el término de la suspensión", como lo prescribe el numeral 2° del artículo 49 del Decreto 2277 de 1979.

Según la representante judicial de la Administración, la pérdida de derechos y garantías de la carrera implicaba la pérdida de la estabilidad en el cargo, convirtiendo a la docente en empleada de libre nombramiento y remoción por lo cual podía ser separada del cargo mediante insubsistencia.

Este planteamiento como lo estimó el Tribunal y lo expresa la Fiscalía es equivocado. El derecho a la estabilidad como ya lo ha precisado la Sala en sentencia anterior (III-25 de 1992. Expediente N° 870) es un derecho inherente al estatus del escalafón y por ello sólo cuando éste se pierde por exclusión del docente, procede su separación de cargo, bien por destitución o por insubsistencia.

Lo que pierde el docente durante el cumplimiento de la sanción de suspención en el escalafón, son los derechos incompatibles con la suspensión, entre otros, la prelación para los traslados, promociones, comisiones de estudio y además, que se tenga en cuenta ese tiempo para ascenso en el escalafón.

La anterior interpretación, concuerda con lo previsto en el numeral 3° del mencionado artículo 49 del decreto 2277/79, en cuanto dispone que la "exclusión del escalafón" determina el retiro del servicio del docente mediante la destitución y, con el artículo 31 ibídem que dice que: "El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso", lo que significa, que en tanto el docente permanezca dentro del escalafón, así esté suspendido temporalmente, tiene derecho a la permanencia en el servicio.

Por lo demás, la figura de la insubsistencia sólo procede para los docentes en los dos casos previstos en el artículo 68 ibídem, a saber: cuando se trate de personal sin escalafón y cuando el nombramiento haya sido ilegal, y no puede aseverarse que quien esté inscrito en el escalafón, así se encuentre suspendido en el mismo, sea un docente sin escalafón.

De otra parte, la Sala precisa que las funciones asignadas a los gobernadores para la administración de personal docente por los artículos 9°, y 10 de la Ley 29 de 1989, se aplicarán siempre teniendo en cuenta las disposiciones del estatuto Docente, como lo determina el artículo 9°, disposiciones que precisamente contrarió el Gobernador de Santander en el caso sub lite.

Lo discurrido es suficiente para confirmar la sentencia en consulta, con la adición de que las sumas que reciba la accionante por concepto de este fallo, se descontará cuando haya percibido, en el mismo período, del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, por concepto de servicios personales.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992) pronunciada por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso promovido por Cecilia Tarazona Alvarez contra la Nación - Ministerio de Educación, con la ADICION de que de las sumas que perciba la accionante por concepto de este fallo, se descontará cuando haya recibido, en el mismo período, del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, por conceptos de servicios personales.

RECONÓCESE al Doctor FRANCISO RAMIREZ I. Como apoderado de la Nación -Ministerio de Educación Nacional- en los términos del poder que obra a folio 87.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvese el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Aclara Voto. *Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 21 DE SEPTIEMBRE DE 1993 EN EL PROCESO N° 7039. - AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.- ACTORA: CECILIA TARAZONA ALVAREZ.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y tres (1993).

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 separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto al confirmar las condenas se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte 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 confirmada , 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 genero al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formulo -de manera reiterada - 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 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 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 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 el 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 la indemnización moratoria conforme al artículo 1° 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 sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o 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 tienen su fuente de esa relación de servicio.... "(Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente N° 40.878, Ponente: H. Magistrado Dr.Alberto Rodríguez R. marzo 11/87; de igual manera, en exp. N° 29629, Ponente: H. Magistrada

Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84 ; en el exp. N° 35949, Ponente H. Magistrada Dra. 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 esta 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 GONGORA

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto del doctor CARLOS ORJUELA es el mismo suscrito en el exp. 4844 de fecha 10 de septiembre de 1993, publicado en este mismo tomo de anales.

SINDICATO/JUNTA DIRECTIVA-Inscripción/REVOCATORIA DE INSCRIPCION-Improcedencia/FUSION/SUSTITUCION PATRONAL

La revocatoria de la inscripción de la junta directiva del sindicato de trabajadores de Envases Colombianos S.A. no se ajustó a derecho. En primer lugar, por cuanto este sindicato demostró tener vigente su personería jurídica y en consecuencia, derecho a elegir sus directivas. En segundo lugar, porque si para la revocatoria se invocó el artículo 357 del C.S. del T., resulta contradictorio que la adminisitración admita que ignora cual es el sindicato que agrupa el mayor número de afiliados y no obstante le niegue al de Envases Colombianos el derecho a inscribir su junta directiva designada conforme a la ley y luego de cumplir con las formalidades exigidas por el Decreto 1469 de 1978.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N°2905. Resoluciones Ministeriales. Actor: Sindicato de Trabajadores de Envases Colombianos S.A.

El Sindicato de Trabajadores de Envases Colombianos S.A., a través de apoderado, pide al Consejo de Estado se declare la nulidad de los artículos 1° y 2° de la Resolución N° 0068 de 29 de mayo de 1987 dictada por la jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad del Atlántico.

Como restablecimiento del derecho solicita que se declare conforme a derecho la resolución N° 0005 del 10 de diciembre de 1986 proferida por el Inspector Nacio-

nal de Trabajo de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, mediante la cual se ordenó la inscripción de la Junta Directiva del citado sindicato elegida en reunión de la asamblea general realizada el 20 de septiembre de 1986 (folio 110 cuaderno principal).

Los hechos en que se fundamenta la acción pueden sintetizarse así:

1. La empresa Crow Litometal S.A. absorbió a su homóloga Envases Colombianos S.A., operándose así una sustitución patronal con relación a los trabajadores del antiguo patrono.

2. Para el momento de la sustitución, los trabajadores del anterior patrono se encontraban organizados en el sindicato de Trabajadores de Envases Colombianos al cual han continuado afiliados, y este sindicato ha suscrito convención colectiva con el antiguo patrono.

3. El sindicato de Envases Colombianos S.A. reunido en asamblea general de socios el 20 de septiembre de 1986 eligió junta directiva, habiéndose notificado de la elección al representante legal del patrono en la ciudad de Barranquilla y a la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico.

4. El Presidente y Secretario General de la organización sindical pidieron mediante oficio del 22 de septiembre del mencionado año a la referida dependencia administrativa la inscripción de la junta directiva sindical.

5. La Empresa Crown Litometal impugnó la elección sosteniendo que en ella existe otro sindicato de base y de primer grado, y que los trabajadores de la empresa no pueden ser miembros de la junta directiva de una organización sindical cuyo nombre sea distinto al de la empresa a la que pertenecen como trabajadores.

6. En la empresa Crown Litometal S.A. estuvo operando hasta el año de 1977 el Sindicato Nacional de Trabajadores de Crown Litometal. De ahí en adelante sus socios renunciaron y procedieron el 1° de octubre de ese año suscribir un pacto colectivo que ha venido prorrogándose hasta el 1° de noviembre de 1986.

7. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social inscribió la junta directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de Crown Litometal elegida ilegalmente en una reunión de trabajadores que no tienen el carácter de socios.

8. El Inspector Nacional de Trabajadores de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social ordenó la inscripción de la junta directiva del Sindicato de Trabajadores de Envases Colombianos elegida en asamblea general de socios reunida el 20 de septiembre de 1986 por Resolución N° 0005 del 10 de diciembre de 1986 y contra ésta la empresa, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación, que dio origen a que se expidiera la Resolución N° 68 del 29 de mayo de 1987, mediante la cual se revocó la Resolución N° 005 aludida (folios 111 y 112 ibídem).

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

El demandante estima como infringidos los artículos 357 del Código Sustantivo del Trabajo y 13 del Decreto N° 1469 del 1978 (folio 112 Ibídem).

La parte actora argumenta (folios 113, 114 y 115 ibídem) que el fundamento jurídico invocado por la funcionaria que dictó el acto impugnado es la coexistencia en la empresa Crown Litometal S.A. de dos sindicatos de base, originada en la compra que hizo dicha empresa de su homóloga Envases Colombianos S.A. operándose una sustitución de patrono con la existencia real y legal del Sindicato de Trabajadores de Envases Colombianos y la existencia de la personería jurídica del Sindicato Nacional de Trabajadores de Crown Litometal S.A., que tenía diez años sin funcionar ni inscribir junta directiva, ya que sus afiliados renunciaron y procedieron durante diez años a suscribir un pacto colectivo con su patrono; que lo cierto es que si la fundamentación jurídica de la funcionaria que revocó el acto de inscripción de junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de Envases de Colombianos S.A. partió de la aplicación del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, no se tuvo en cuenta que debía estar acreditada una de las condiciones consagradas en este precepto, es decir, establecer cuál de los dos sindicatos es el mayoritario; que no habiendo existido en el caso sub-judice violación de la ley ni de los estatutos del Sindicato de Trabajadores de Envases Colombianos en la tramitación de la inscripción de la junta directiva elegida en la asamblea general, la funcionaria que revocó la Resolución 005 de 10 de diciembre de 1986 violo ostensiblemente el artículo 12 del Decreto N° 1469 de 1978 al proferir el acto enjuiciado.

Se pidió así mismo en el libelo la suspensión provisional del acto administrativo impugnado (folio 115 Ibídem), la cual fue negada por auto de 16 dé diciembre de 1987 (folios 119, 120, y 121 Ibídem) pues en este asunto se instaura la acción de restablecimiento del derecho, sin que se encuentren siquiera demostrados sumariamente los perjuicios que se dicen causados a los miembros de la junta directiva del sindicato accionante.

La Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), a través de apoderado (folio 128 Ibídem) contestó la demanda (folios 125, 126. y 127 ibídem), al igual que la empresa Crown Litometal S.A. Se opone a todas y cada una de las pretensiones del sindicato demandante, por considerar que carecen de base legal, por los motivos que aparecen expresados en sendos escritos (folios 137 a 147 del cuaderno principal).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado emite su concepto de fondo (folios 207 a 211 ibídem) para manifestar que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar, porque la resolución acusada quebrantó normas superiores.

Surtido el trámite correspondiente y no observándose causal de nulidad en la actuación, se procede a dictar sentencia, previas la siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso sub lite la legalidad de la Resolución N° 0068 de 29 de mayo de 1987, dictada por la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, mediante la cual se procedió a revocar la Resolución N° 005 de 10 de diciembre de 1986, expedida por la Inspección Nacional de Relaciones Colectivas de la división mencionada (folios 32 a 36 cuaderno principal), que había ordenado la inscripción de la junta directiva del Sindicato de Trabajadores de Envases Colombianos S.A., elegida durante la asamblea realizada el 20 de septiembre de 1986.

En el acto administrativo impugnado (folios 17, 18 y 19 ibídem), se advierte que la sociedad CROWN LITOMETAL S.A. se fusionó absorbiendo a la sociedad Envases Colombianos S.A. según certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá, lo que produjo el fenómeno jurídico de la sustitución de patronos; que en ambas empresas existían organizaciones sindicales de base denominadas Sindicato Nacional de Trabajadores de Crown Litometal S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Envases Colombianos S.A. ; que en virtud de esta circunstancia, se configura la coexistencia de dos organizaciones sindicales de primer grado y de base en una misma empresa, situación prevista en el artículo 357 de Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 26 de Decreto Ley 2351 de 1965, el cual determina que no puede darse esa coexistencia; y que si por cualquier motivo llegaren a coexistir dos sindicatos subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir el personal de los demás sin hacerle más gravosas sus condiciones de admisión; que dentro de la investigación administrativa no está demostrado cuál de las citadas organizaciones sindicales reúne el requisito de ser mayoritaria; que por lo anterior, acorde con concepto del jefe de la división de Relaciones Colectivas y del jefe de la Sección de Reglamentación y Registro Sindical, debe verificarse cuál de las dos organizaciones sindicales es mayoritaria y que además subsistirá el sindicato de la empresa que sustituyó a la otra; que por consiguiente, por tratarse de un caso de disolución sindical de uno de los sindicatos por esta dentro de los presupuestos contemplados en dicho artículo, y no haberse constatado cuál es el mayoritario y hasta tanto no se establezca quien admite a quien, se revoca la providencia de 10 de diciembre de 1986 expedida por el Inspector de Relaciones Colectivas y se deja en libertad a las partes para que acudan a la autoridad correspondiente, con el fin de que determine lo previsto en el artículo 357 de C.S. del T.

Ahora bien, en el hecho séptimo del escrito demandatorio, la parte actora expresa que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social procedió inscribir la junta directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de Crown Litometal, elegida ilegalmente en reunión de trabajadores que no tiene el carácter de socios, actos administrativos cuya nulidad y suspensión provisional se pidió a esta Corporación.

En efecto, el proceso a que alude la parte actora dio lugar a la sentencia de 19 de marzo de 1993, Consejero Ponente Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, en la

cual se declaró la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se ordenó la inscripción de la junta directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de Crown Litometal S.A. "Sintra Crownmetal", porque tal organización sindical estuvo inactiva o en receso desde mediados de 1977 hasta la convocatoria hecha por el presidente de Fetramecol; que acorde con los estatutos sociales, esa asamblea no tenía atribuciones para elegir nueva junta directiva, pues la máxima autoridad del sindicato para este efecto es la asamblea general de delegatarios; que no puede pasarse por alto que los trabajadores de la empresa habían suscrito un pacto colectivo que como es obvio se aplicaba únicamente a trabajadores no sindicalizados, por lo que se infiere que habían optado por retirarse de la organización sindical para suscribirlo; que por ende, esto significaba que el sindicato se encontraba inactivo y podría estar incurso en causal de disolución y liquidación; que más que revivir el antiguo sindicato, lo que parece es que trataron de fundar uno nuevo; que quienes se reunieron en la asamblea no tenían la calidad de delegatarios y todo indica que tampoco eran afiliados.

Lo anterior lleva a concluir que la revocatoria de inscripción de la junta directiva del Sindicato de Trabajadores de Envases Colombianos S.A. no se ajustó a derecho.

En primer lugar, por cuanto este sindicato demostró tener vigente su personería jurídica y en consecuencia, derecho a elegir sus directivas.

En segundo lugar, porque si para la revocatoria se invocó el artículo 357 del C.S. T., resulta contradictorio que la administración admita que ignora cuál es el sindicato que agrupa el mayor número de afiliados y no obstante le niegue al de Envases Colombianos el derecho a inscribir su junta directiva designada conforme a la ley y luego de cumplir con las formalidades exigidas por el Decreto 1469 de 1978.

No sobra anotar finalmente, que la sentencia de 19 de marzo de 1993, por la cual se anularon las Resoluciones 0237 de 21 de abril de 1986 y 0657 de 18 de septiembre de 1986, por las cuales se había ordenado la inscripción de la junta directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de Crown Litometal S.A., "SINTRACROWNMETAL", confirma la ilegalidad de la resolución acusada, puesto que en dicho proceso se demostró la inactividad de "Sintracrownmetal", hecho que pone de presente que no coexistía actuación de los sindicatos en la empresa.

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 N° 0068 del 29 de mayo de 1987 proferida por la jefe de la sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, mediante la cual se decidió revocar la Resolución N° 0005 del 10 de diciembre de 1986 expedida por el Inspector Nacional

de Trabajo, Sección de Relaciones Colectivas de la Dirección Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico.

Como consecuencia de la anterior nulidad, declárase que queda en firme la Resolución 0005 de 10 de diciembre de 1986, revocada por la que ahora se anula.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

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

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Enrrique Conti Bautista,Con juez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA GASTRONOMICA Y HOTELERA-Personería jurídica.

Lo planteado no es la disolución del sindicato puesto que el acto controvertido es precisamente el reconocimiento de su existencia. Si ese acto de reconocimiento de personería jurídica esta sujeto a recursos por vía gubernativa, ello jamás equivale a disolución ordenada por autoridad administrativa; la disolución supone reconocimiento previo de personería, es decir, es posterior a la existencia del sindicato como persona jurídica. Además los actos que reconocen personería jurídica a un sindicato no han sido excluidos del control de la jurisdicción contencioso administrativa y es por ello que debe en este caso proferirse fallo de fondo.

SINDICATO DE INDUSTRIA/ACTIVIDAD ECONOMICA

Aún cuando las actividades hotelera y gastronómica no puedan en estricto sentido calificarse como industrias en cuanto no transforman materias primas en bienes manufacturados, si constituyen sin lugar a dudas, actividades económicas a las cuales antes de su vigencia de la Ley 50 de 1990 se les daba calificativo de industriales para efecto de constitución de sindicatos de industria, y con posterioridad a esta ley, que modifico el artículo 356 del C.S. del T., quedaron incluidas expresamente al mencionar los sindicatos de industria o por rama de actividad economica, que están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref. : Expediente N° 3509 Resoluciones Ministeriales Actor : "Club 74".

El Club Setenta y Cuatro, con personería jurídica reconocida por el Ministerio de Justicia mediante Resolución N° 51 de 1981 (folio 3), a través de apoderado solicita al Consejo de Estado declarar la nulidad de las Resoluciones números 03488 y 04580 de 16 de octubre y 29 de diciembre de 1987 respectivamente, expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por medio de las cuales se reconoció personería y se aprobaron los estatutos del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica y Hotelera SINTHOL.

HECHOS

La parte actora relata que por resolución del Ministerio del Trabajo se reconoció personería jurídica al Sindicato de Trabajadores de la Industria Turística de Colombia "SINTRATUR", en cuya fundación participaron varios de sus trabajadores: que esa resolución fue demandada ante el Consejo de Estado; que concomitantemente con lo anterior un grupo de trabajadores de los Clubes Sociales El Castellano, de Ejecutivos y Setenta y Cuatro solicitaron se le reconociera personería a otro sindicato que habían constituido y que denominaron Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Hotelera y Similares "SINTHOL", de lo cual fue enterada la administración del Club demandante mediante oficio del 2 de junio de 1987; que según el acta de creación de esta agremiación, 35 trabajadores contestaron a lista , 20 de los cuales laboraban en el club 74, quienes en ese momento pertenecían a SINTRATUR.

Así mismo, señala que SINTRATUR, el 2 de marzo de 1987, presentó al club demandante un pliego de peticiones y el 22 de abril se le notificó el nombramiento de la comisión de reclamos; que el Ministerio de Trabajo mediante los actos acusados reconoció personería al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica y Hotelera -, SINTHOL; que en tales actos se indicó que según el acta de la reunión de fundación, 38 trabajadores contestaron a lista y que se habían allegado al expediente copias de las renuncias de algunos trabajadores a SINTRATUR, pero estas copias carecen de nota de recibo por parte del sindicato, y al igual que el acta citada no fueron presentadas al club demandante en el momento en que se le notificó la Resolución N° 03488 de 1987.

Por todo lo anterior, concluye el accionante, "Tanto SINTRATUR como SINTHOL han actuado en forma paralela ante las directivas del Club 74".

En la demanda se citan como disposiciones infringidas los artículos 26 de la Constitución Política de 1886, 29 del Código Civil, 356 literal b), 359, 360 del Código Sustantivo del Trabajo, 3° de la ley 58 de 1982, 3° y 84 del C.C.A..

El concepto de violación de orienta a cuestionar los siguiente:

Nacimiento jurídico de SINTHOL. Expresa el actor que ello ocurrió cuando cursaba ante el Consejo de Estado una demanda en contra de la Resolución N° 04571 de 1985 por la que se otorgó personería a SINTRATUR, agremiación a la cual se hallaba afiliada la mayoría de los trabajadores del Club 74 y que 20 de éstos, que fueron fundadores de SINTHOL, para el 30 de marzo de 1987, pertenecían a SINTRATUR. Por consiguiente, señala, es clara y manifiesta la violación del artículo 360 del C.S.T. que prohíbe pertenecer simultáneamente a sindicatos de la misma clase o actividad.

La infracción de esa norma, concluye el accionante, conduce a la transgresión del artículo 359 ibídem, "pues al tener que excluir los empleados del CLUB 74 incursos en la prohibición del art. 360, el número de empleados requeridos para la manifestación plural de voluntades que se exige por la ley para la fundación de un sindicato no existía en el acto creador de la asamblea del 30 de mayo de 1987".

Igualmente censura la Resolución N° 4580 de 1987 por cuanto desecha los argumentos que esgrimió cuando interpuso el recurso de reposición contra la Resolución N° 3488 del mismo año, relacionados con la vinculación simultánea de los trabajadores del Club 74 a los sindicatos mencionados, mientras que existiendo respecto de los trabajadores del Club de Ejecutivos idénticas pruebas a las que el Ministerio les otorgó valor probatorio para no reponer dicha resolución (Renuncia de los trabajadores a SINTRATUR, sin nota de recibo), en relación con tales trabajadores si admitió la posibilidad de que al mismo tiempo pertenecieran a dos sindicatos de la misma actividad, lo que repite, no aceptó frente a los del Club 74.

Objeta también la actuación administrativa por qué en la resolución N° 04580 se dice que contestaron a lista en la reunión de fundación de SINTHOL 38 trabajadores, cuando en el acta que el Ministerio de Trabajo remitió al Club 74, se expresa que respondieron 35; indica que por ello y porque las renuncias de los trabajadores a SINTRATUR se alegaron luego de que se presentó el recurso de reposición, se vulneró el debido proceso.

Finalmente sostiene:

> "En síntesis, la resolución 04580/87 y la N° 03488/87 que se confirma por la primera son el fruto de un procedimiento irregular, fueron expedidas en forma irregular y están falsamente motivadas, pues además de acoger las violaciones que se han analizado afirman que la organización sindical reunía el mínimo de personas para constituirse, lo que no es cierto".

Actividad económica de las empresas a las que pertenecen los afiliados a SINTHOL. Sostiene el demandante que este sindicato supuestamente constituido por trabajadores de la industria gastronómica y hotelera, aglutina personas que prestan sus servicios en establecimientos que se ubican en sector terciario de la economía; por ende, sus afiliados laboran en empresas del sector productivo no del industrial , pues los clubes sociales, prestan servicios , no transforman materias primas en

bienes manufacturados. O sea, afirma el accionante, los Clubes El Castellano, de Ejecutivos y 74, no pertenecen a una misma rama industrial y, por tanto, sus trabajadores no pueden afiliarse, ni constituir un sindicato de industria, ya que esta clase de agremiación en términos del literal b) del artículo 356 del C. S. del T., se conforma con individuos que prestan sus servicios en varias empresas de una misma rama industrial.

Agrega el demandante que "El Ministerio de Trabajo al no verificar, como paso previo al otorgamiento de la personería jurídica a SINTHOL como sindicato de industria, la realidad económica de las empresas que tenían que ver con los afiliados al sindicato y su ubicación en el contexto económico, actuó en forma irregular y permitió que las resoluciones atacadas se motivaran falsamente (art. 84 CCA)".

Tanto el Ministerio como el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica y Hotelera SINTHOL, a través del apoderado, al contestar la demanda se opusieron a las pretensiones del accionante y el sindicato propuso la excepción de caducidad de la acción, por cuanto estima que la fecha a partir de la cual debe contarse en el presente caso el término para demandar , es el 29 de mayo, porque al contabilizar los 10 días de fijación del edicto deben incluirse los sábados, según lo dispone el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913 (artículo 70 del C.C.), de suerte para el 1° de junio de 1988 día en que se presentó la demanda, la acción se hallaba caducada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Tras precisar que no se configura en el sub lite la excepción de caducidad de la acción, el Fiscal Cuarto de la Corporación solicita que se profiera fallo inhibitorio porque la jurisdicción competente para conocer del presente litigio, es la ordinaria laboral y no la contencioso administrativa, puesto que de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 1468 de 1976, reglamentario de las Leyes 26 y 27 de 1976, por las cuales se reconocieron los convenios 87 de 1948 y 98 de 1949 de la OIT, "La organización de trabajadores y empleados no está sujeta a disolución o suspención por vía administrativa", y de ella se desprende que reconocida la personería jurídica a SINTHOL, las partes interesadas sólo podrán "interponer el recurso de reposición, con lo cual queda agotada la vía gubernativa, trámite al cual se refiere el artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y enseguida sí pueden recurrir al juez laboral para que por los trámites ordinarios declare cuál de las partes tiene el derecho y anule o suspenda la resolución que concedió la personería jurídica, que es uno de los casos por los cuales se puede disolver un sindicato, de acuerdo con lo señalado en el artículo 401 del C.S. del T.".

Empero, la Agencia Fiscal advierte que en caso de no accederse a esta petición, se denieguen las pretensiones del demandante, pues teniendo en cuenta el concepto "una misma rama industria" empleada en el literal b) del artículo 356 del C.S. del T., "se refiere al conjunto de empresas que se hallan ancladas dentro de un mismo renglón de la economía" hay que admitir que existen sindicatos de industria, tanto en el sector primario, secundario y en terciario de la economía; por tanto, el reconocimiento de la personería jurídica de SINTHOL se ajusta a derecho.

Se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En primer lugar, debe anotarse que no se configura en el sub lite la excepción de caducidad propuesta por el apoderado del Sindicato de Trabajadores de la Industria Gastronómica y Hotelera - SINTHOL-, por cuanto el edicto notificatorio de la Resolución N° 04580 de 1987 que negó la reposición de la N° 3188 de ese año, por la cual se le reconoció personería a esa organización sindical, permaneció fijado en lugar público de la Secretaría de la Oficina Jurídica del Ministerio de Trabajo durante 20 días hábiles, lógicamente sin contar como tales los sábados, porque esos días no se presta servicio al público (folio 12).

Como el edicto se desfijó el 2 de febrero de 1988, el término de caducidad de la acción de restablecimiento del derecho contra dichos actos, al tenor del artículo 136 del C.C.A., vencía el 2 del siguiente mes de junio de 1988. Habiéndose presentado la demanda el 1° de junio de 1988, fuerza concluir que la acción se promovió oportunamente.

Por otra parte, debe entenderse que en estos casos la acción apropiada es la de nulidad, que puede ejercitarse en cualquier tiempo, porque nadie puede considerarse lesionado en un derecho suyo por el hecho de la creación de una organización sindical.

En segundo término, la Sala estima desacertados los argumentos expuestos por el Ministerio Público en el sentido de que esta jurisdicción no es competente para conocer de este proceso, puesto que según la disposición de la Ley 26 de 1976 en que se apoya, las organizaciones de trabajadores y empleadores no están sujetas a disolución o suspensión en vía administrativa.

Obviamente lo planteado no es la disolución del Sindicato puesto que el acto controvertido es precisamente el reconocimiento de sus existencia. Si ese acto de reconocimiento de personería jurídica está sujeto a recursos por vía gubernativa, ello jamás equivale a disolución ordenada por autoridad administrativa; la disolución supone reconocimiento previo de personería, es decir, es posterior a la existencia del sindicato como persona jurídica.

Además los actos que reconocen personería jurídica a un sindicato no han sido excluidos del Control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y es por ello que debe en este caso proferirse fallo de fondo.

Para ello analizará la Sala en primer término, el cargo relacionado con la imposibilidad jurídica de que los trabajadores de los clubes sociales de Ejecutivos, El Castellano y Setenta y Cuatro, constituyan un sindicato de industria, en razón de no laborar en empresas del sector industrial, sino del productivo, puesto que prestan servicios y no transforman materias primas en bienes manufacturados.

De acuerdo con lo estatuido en el artículo 356 del C. S. del T., los sindicatos de trabajadores se clasifican:

....

"b) De industrias, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de una misma rama industrial".

Según el acta de fundación del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica y Hotelera "SINTHOL" (folios 23 y ss del cuaderno N° 2), las personas fundadoras de esa agremiación laboran unas en el Club El Castellano, otras en el de Ejecutivos y los más en el Setenta y Cuatro.

Un sindicato como éste, al cual tienen la posibilidad de afiliarse los trabajadores de la industria gastronómica y hotelera, en principio, no infringe ninguna disposición legal, así sus fundadores laboran en clubes sociales.

En efecto, aun cuando las actividades hotelera y gastronómica no puedan en estricto sentido calificarse como industriales en cuanto no transforman materias primas en bienes manufacturados , si constituyen sin lugar a dudas, actividades económicas a las cuales aun antes de la vigencia de la Ley 50 de 1990 se les daba calificativo de industriales para efecto de constitución de sindicatos de industria, y con posterioridad a esta ley, que modificó el artículo 356 del C. S. del T., quedaron incluidas expresamente al mencionar los sindicatos de industria o por rama de actividad económica, que están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica.

Ahora bien, aceptado que los Clubes 74, de Ejecutivos y El Castellano son corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, que desarrollan actividades sociales y culturales o gestiones profesionales, etc., conforme a sus estatutos , también es innegable que atienden el sector de la gastronomía dado que prestan servicios de restaurante a sus afiliados, y ello constituye una actividad económica, así no se ejerza con ánimo de lucro, actividad que puede producir y de hecho produce utilidades.

Una cosa es que, por carecer de ánimo de lucro tales utilidades no se distribuyan entre los socios, y otra que la actividad de los Clubes no sea económica. Poco interesa en este caso el destino de las utilidades que produzcan; ya sea el mejoramiento de sus instalaciones y servicios o las obras benéficas; el hecho es que por lo menos una de sus actividades es económica.

En este orden de ideas es preciso concluir que el reconocimiento de personería jurídica al sindicato fundado por trabajadores del Club 74, de Ejecutivos y El Castellano, como "Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica y Hotelera", no infringe el literal b) del artículo 356 del C. S. del T.

Resta por analizar la infracción a los artículos 359, 360, y 361 del mismo código.

Prohíbe el artículo 360 ser miembro a la vez de varios sindicados de la misma clase o actividad.

Alega el Club demandante que algunos de los trabajadores fundadores pertenecían a otro sindicato de industria denominado Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Turística de Colombia «Sintratur», y por lo tanto, al descontarlos a ellos, no se reunía el número mínimo que el artículo 359 del C. S. del T. exige para que un sindicato pueda constituirse.

A este respecto, en el expediente no se ha desvirtuado la afirmación contenida en el acto acusado, según la cual los trabajadores del Club 74 habían renunciado previamente a SINTRATUR, a raíz del auto de 8 de abril de 1987, proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que decretó la suspensión provisional de los actos por los cuales el Ministerio del Trabajo había reconocido personería jurídica a SINTRATUR, auto que posteriormente se revocó en forma parcial, y que precisamente por esa suspensión el Club se abstuvo de firmar convención colectiva con dicho sindicato.

Si a lo anterior se agrega que, por sentencia de 28 de mayo de 1992, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el expediente 2372, con ponencia del Consejero Doctor Reynaldo Arciniegas B. se declaró nula la resolución 04571 de 31 de diciembre de 1985 por la cual se había reconocido personería jurídica a SINTRATUR, no podría concluir la Sala que los fundadores de SINTHOL pertenecen a dos sindicatos de industria y que al reconocerle personería el Ministerio violó los artículos 359, 360 y 361 de C. S. del T.

Las demás situaciones que el Club demandante considera irregulares tampoco conducen a la anulación de los actos demandados.

Se explican por el hecho de haber exigido el Ministerio una corrección en el nombre del Sindicato, a fin de que fuera eliminada la expresión "y similares" que se consideró ambigua e inconveniente. Por esa razón se reunió nuevamente una asamblea el 4 de julio de 1987, para eliminar esa expresión, lo cual no puede considerarse irregular puesto que se estaba acatando lo ordenado por el Ministerio.

Analizados los cargos formulados en la demanda contra los actos acusados, se concluye que la presunción de legalidad no ha sido desvirtuada.

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

FALLA

Niéganse las súplicas de la demanda presentada por el "Club 74".

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

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

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Alvaro Díaz Granados Con juez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CLUB MILITAR/SOCIO EJECUTIVO/SERVICIO ACTIVO-Retiro/ SEPARACION TEMPORAL DEL SERVICIO.

En los términos del artículo 4° del Decreto 0639 de 1989, para ser socio efectivo se necesita acreditar, en el caso de los oficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, que se retiren como mínimo de quince (15) años como socios activos y gocen de asignación de retiro o pensión militar o policial. Y según lo prescrito en el artículo 9° de dicho decreto, que determina algunas limitaciones para ser socio, se indica que cuando el oficial sea separado en forma temporal, la calidad de socio se perderá por el tiempo que dure la separación. Como se deduce del texto del Decreto 96 de enero 11 de 1989, contentivo del estatuto de la carrera de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, una cosa es la figura del retiro temporal con pase a la reserva (artículo 111), aplicada al demandante, por voluntad del gobierno, según lo ordena el Decreto 634 de 23 de marzo de 1990, y la otra separación temporal (art. 123) que opera cuando el oficial o suboficial sea condenado a la pena principal de arresto o prisión, por delitos culposos, y cuando así se determine el tribunal disciplinario. La separación temporal aludida es a la que se refiere el parágrafo del artículo 9° del Decreto 0639 de 30 de marzo de 1989 y que es aplicable en el caso sub examine al demandante, por la razón anotada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993). -

Magistrado Ponente: *Doctor. Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N° 5206. Unica instancia. Actor: Pedro Antonio Herrera Miranda.

Por conducto de apoderado y ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el coronel (r) de la Policía Nacional Pedro Antonio Herrera Miranda instauró demanda ante esta Corporación para impetrar la declaración de nulidad de los oficios números 300-CMSD-93-d, de 10 de mayo de 1990 y 353-CMSD-93-d , de 1° de junio del mismo año, suscritos por el secretario de la junta directiva del Club Militar, mediante los cuales decidió que el actor no puede continuar siendo socio de dicho club por haber sido desvinculado del servicio activo por voluntad del gobierno.

Como restablecimiento del derecho se solicita en el libelo se declare que el demandante es socio efectivo del Club Militar, con derecho a que se le expida la correspondiente credencial que los identifique y acredite como tal; que se ordene al referido club dar cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su comunicación (folios 16 y 17 cuad. ppal.)

En el capitulo de los hechos de la demanda, afirma la parte actora que el demandante fue socio activo del Club militar durante 28 años, entidad a la que contribuyó con cuotas ordinarias y extraordinarias, sin haber incurrido en falta que determinara su exclusión del mencionado centro social; que el actor goza de asignación mensual de retiro otorgada por la caja de sueldos de retiro de la Policía Nacional; que el demandante no fue separado en forma absoluta de esta institución ni por conducta deficiente, ni por inasistencia al servicio por más de cinco días; que el actor no ha sido condenado a pena de prisión; que el demandante cumple con los requisitos establecidos en Decreto N° 639 de 20 de marzo de 1989 para ser socio efectivo del Club Militar, beneficio que deberá extenderse a su cónyuge e hijos; que mediante oficio N° 300 de 10 de mayo de 1990, el club, por conducto de su secretario, decidió negar al actor el derecho a ser socio efectivo, invocando para el efecto el concepto desfavorable de la dirección general de la Policía Nacional; que contra esta decisión el demandante interpuso recurso de reposición, obteniendo como respuesta la ratificación de la negativa a ser socio efectivo, contenida el folio N° 353 de 1° de junio de 1990 suscrito por el secretario de la junta directiva del club (folios 17, 18 y 19 de ibídem).

Bajo el titulo de disposiciones violadas, señala las siguientes:

- Artículos 16, 20, 63 y 169 de la Carta de 1886.

- Artículos 4, 9, 13 y 23 del Decreto 639 de 30 de marzo de 1989 (folios 21 y 22 ibídem).

El concepto de violación se lee a folios 22 a 30 ibídem, acorde con el cual la negación injustificada del derecho del demandante de pertenecer como socio efectivo al Club Militar representa el incumplimiento de un deber del Estado; que la condición del actor corresponde perfectamente a la clase de socio efectivo descrita en el literal a) del artículo 4 del Decreto 639 de 30 de marzo de 1989, o sea, la de los oficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional que se desvinculan con un

mínimo de 15 años como socios activos y gocen de asignación de retiro o pensión militar o policial; que el demandante fue retirado de la Policía Nacional luego de haber servido a la institución más de 27 años, ser socio activo del club por más de 15 años y disfrutar la pensión policial; que la potestad radicada en la junta directiva del club y no en la de su secretario, para aprobar las peticiones de ingreso, está subordinada a la comprobación de los requisitos establecidos taxativamente en la ley; que por consiguiente, en el caso subjudice resultó infringido el artículo 4° literal a) del Decreto 639 de 1989, ya que la decisión impugnada se adoptó como si esta disposición no existiera, con total olvido de su contenido, cuyo cumplimiento era obligatorio y no podía eludirse por la autoridad administrativa; que en varias ocasiones esta Corporación se ha manifestado en el sentido de que quienes tengan y cumplan los requisitos consagrados en la ley no pueden ser rechazados como socios efectivos del club; que incurriendo en un error inexcusable, el secretario de la junta directiva del Club Militar se basó para su determinación en una forma inexistente; que dicha norma no aparece en el nuevo estatuto de socios; que es este asunto la competencia para decidir sobre el ingreso y permanencia, aceptando o retirando a un socio, cualquiera sea su categoría, la tiene la junta directiva del club, y, la determinación que se tome al respecto, debe adoptarse por mayoría de votos; que esta clase de decisiones no las puede tomar uno solo de sus miembros por importante que sea y menos aún el secretario de la junta que ni siquiera es miembro de la misma; que el artículo 23 del Decreto 639 de 1989 atribuye sólo a la junta directiva la competencia para aceptar o retirar a los socios, con sujeción a la ley y no en forma discrecional, por mayoría de votos, de lo cual se dejará constancia en el acta de la reunión; que en el caso sub lite el secretario de la junta no sometió a ésta la solicitud del demandante sino que le pidió al director general de la Policía su concepto sobre la petición; que la circunstancia de un oficial de no pertenecer al club después de retirado del servicio con más de 15 años, constituye una afrenta y una sanción; que el artículo 164 de la Constitución Política anterior no permite que a los militares se les prive de honores y pensiones, sino de conformidad con la ley.

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo de 19 de junio de 1991 (folios 62 a 71 ibídem), es de opinión que asiste la razón al libelista cuando sostiene que el secretario de la junta directiva del Club Militar no era el funcionario competente para entrar a decidir si el demandante tenía o no derecho a ser admitido como socio efectivo de dicho establecimiento; que en lo atinente a las razones que tuvo ese funcionario para negar lo pedido por el actor , se tiene que se ha debido demostrar que dentro de las causales establecidas en los respectivos estatutos de carrera se encontraba la del retiro por voluntad del gobierno, cosa que no se hizo en el caso sub judice; que de otra parte, el demandante fue retirado de manera temporal y no forma absoluta; que tampoco se indicó en los oficios acusados que el actor hubiera sido desvinculado de las fuerzas de policía por conducta deficiente o inasistencia al servicio por más de cinco días, ni que hubiera sido condenado a pena de prisión por delitos dolosos; que de otro lado, de las pruebas allegadas al proceso, se determina que el actor es oficial en retiro de la Policía Nacional; que sin embargo, no se demostró que éste hubiera sido socio activo del Club Militar durante 28 años como sostiene en el escrito demandatorio, ni que estuviera gozando de asignación de

retiro; que en síntesis, los actos administrativos enjuiciados ameritan ser anulados por haber sido proferidos por funcionario incompetente y encontrarse falsamente motivados; que no obstante lo anterior, para acceder al restablecimiento del derecho, el demandante debió probar previamente, que llenaba los requisitos para ser socio efectivo, pero ni lo hizo; que finalmente, no debe olvidarse, que acorde con el Decreto 634 de 23 de marzo de 1990 dictado por el Presidente de la República, el actor fue retirado de manera temporal con pase a la reserva de servicio activo de la Policía Nacional y que parágrafo de artículo 9° de los estatutos de socios del Club Militar determina que cuando el oficial sea desvinculado en forma temporal, la calidad de socio se perderá por el tiempo que dure la separación.

De esta suerte, al no hallar vicio alguno que indica en lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Se trata de dilucidar en el caso sub lite si el actor, señor coronel (r) de la Policía Nacional Pedro Antonio Herrera Miranda, tiene derecho a ser admitido como socio efectivo del Club Militar, de conformidad con los planteamientos formulados por la parte demandante en el libelo.

Ahora bien, acorde con el Decreto N° 0639 de 30 de marzo de 1989 proferido por el Gobierno Nacional, disposición invocada como infringida en la demanda por los actos administrativos impugnados, mediante el cual se aprueba el acuerdo N° 020 A de 7 de septiembre de 1988 dictado por la junta directiva del Club Militar que adopta el estatuto de socios de este organismo, corresponde a dicha junta **decidir** sobre el ingreso de los socios en cualquiera de las categorías y al director general del Club, **por decisión de su junta directiva** igualmente resolver sobre el referido ingreso (art. 13) ; así mismo que cuando este órgano colegiado haga uso de la atribución de aceptar, retirar o sancionar a un socio, según los estatutos, la determinación que se adopte se tomará por mayoría de votos, de los cual se dejará constancia en el acta de la respectiva reunión (artículo 23).

Como se infiere del contenido de los oficios acusados por la parte actora (folios 4 y 6 cuad, ppal), y del acervo probatorio allegado al proceso, no aparece que para la decisión de inadmitir al demandante como socio efectivo del Club Militar se hubiera dado cumplimiento a lo estatuido en el Decreto N° 0639 de 1989 sobre la materia, por lo que como acertadamente lo destaca la fiscal quinto del Consejo de Estado (folio 65 ibídem), la determinación de rechazar como socio al actor, fue tomada por funcionario incompetente, como sea plantea en el escrito demandatorio, razón suficiente para que procediera en el caso subexamine a anular los actos enjuiciados.

Sin embargo, no basta lo anterior para que en este asunto se ordene el restablecimiento del derecho en la forma como se solicita en el libelo (folio 17 ibídem), pues para este efecto el demandante está en la obligación de demostrar dentro del proceso que cumple a satisfacción los requisitos señalados en las disposiciones pertinentes para que pueda ser admitido como socio efectivo del Club Militar, establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa.

Sobre el tópico, observa la Corporación que en los términos del artículo 4° del Decreto N° 0639 de 1989, para ser socio efectivo se necesita acreditar, en el caso de los oficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, que se retiren con un mínimo de quince (15) años como socios activos y gocen de asignación de retiro o pensión militar o policial. Y según lo prescrito en el artículo 9° de dicho decreto, que determina algunas limitaciones para ser socio, se indica que cuando el oficial sea separado en forma temporal, la calidad de socio se perderá por el tiempo que dure la separación.

Consta en el expediente que para el momento en que el actor solicitó la expedición de los documentos que los acreditaran como socio efectivo, derecho que se pedía fuera extensivo a los miembros de su familia (folios 3 y 5 ibídem), al demandante no se le había reconocido asignación mensual de retiro por cuenta de la entidad competente (folio 11 ibídem); sin embargo, por lo ordenado en auto de 11 de marzo de 1993 proferido por la sala -(folio 98 ibídem), se allegó al expediente copia autenticada de la Resolución N° 3416 de 14 de agosto de 1990, fecha en que se presentó el escrito demandatorio ante esta Corporación (folio 33 ibídem), mediante la cual se ordena el reconocimiento y pago de esa prestación al coronel (r) Pedro Antonio Herrera Miranda.

En lo atinente al hecho de que el actor acreditara que para cuando fue retirado del servicio había sido socio activo con un mínimo de quince (15) años, como lo establece el artículo 4° del Decreto 0639 de 30 de marzo de 1989, en el libelo la parte demandante manifiesta que tuvo esa calidad durante 28 años (folio 18 ibídem). Y a folio 5° ibídem consta el oficio N° 001090 de 4 de mayo de 1990 suscrito por el director general de la Policía Nacional, en el cual aparece que el actor no puede continuar siendo socio de dicho club por la causa de retiro voluntario del gobierno, novedad fiscal 050490, **tiempo de aporte 270404.**

De otro lado, consta en el formato N° 9 de la hoja de servicios del demandante que fue retirado "en forma temporal", con pase a la reserva, por voluntad del gobierno" (folio 7 ibídem) y así aparece en el Decreto N° 0634 de 1990 (folio 254 cuad. N° 2) que en su artículo 2° determina que el actor y otros oficiales "De conformidad con lo establecido en los artículos 110, 111, literal a), numeral 4° y 114 del Decreto 96 de 1989, con fecha 5 de abril de 1990, retírese en forma temporal, con pase a la reserva del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad del gobierno, a los siguientes oficiales.....".

Como se deduce del texto de Decreto 96 de enero 11 de 1989, contentivo del estatuto de la carrera de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, una cosa es la figura del retiro temporal con pase a la reserva (artículo 111), aplicada al demandante, por voluntad del gobierno, según lo ordena el Decreto 634 del 23 de marzo de 1990, y otra la separación temporal (artículo 123) que opera cuando el oficial o suboficial sea condenado a la pena principal de arresto o prisión, por delitos culposos, y cuando así lo determine el tribunal disciplinario. La separación temporal aludida es a la que se refiere el parágrafo del artículo 9° del Decreto N° 0639 de 30 de marzo de 1989 y que es aplicable en el caso sub examine al demandante, por la razón anotada.

De lo expuesto se concluye que el coronel (r) Pedro Antonio Herrera Miranda sí tiene derecho a ser admitido como socio efectivo del Club Militar, como se plantea en la demanda.

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

FALLA:

1° Declárase que son nulos los oficios números 300-CMSD-93-d de mayo 10 de 190 y 353-CMSD-93-d de junio 1° del mismo año suscritos por el secretario de la junta directiva del Club Militar, mediante los cuales se negó al coronel (r) Pedro Antonio Herrera Miranda su petición para que fuera admitido como socio efectivo del referido club.

2° Para restablecer el derecho del actor el Club Militar admitirá como socio efectivo al Coronel (r) Pedro Antonio Herrera Miranda, con los derechos y obligaciones establecidos en los reglamentos respectivos.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión celebrada el día 16 de septiembre 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.

CONSEJO DE ESTADO

RELATORIA

INDICE DE ACTORES

TERCER TRIMESTRE DE 1993
(Primera parte)

	Página.
ALBA LUCIA CARVAJAL Y OTROS	708
ALBERTO EFRAIN MARTINEZ	132
ALFONSO CAMELO CASTRO	768
ALFREDO GARZON ARTEAGA	896
ALFREDO JURADO MECIAS	351
ALIRIO URIBE MUÑOZ	355, 619
ALVARO ARCHILA CUBILLOS	837
ALVARO ROCHA PARDO	475
AMELIA AYALA NARVAEZ	389
ANA ESTHER LEGARDA BARRIENTOS	717
ANA FLOREZ TOVAR Y OTRAS	829
ANA YOLANDA SEPULVEDA R.	383
ANTONIO JOSE NAVARRO WOLFF	423
ARMANDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ	818
ARNULFO SANCHEZ	537
AROLDO ELIECER GUARDIOLA IBARRA	114
ATILANO PEREZ BARRIOS	506
AUGUSTO BORNACELLY ORDOÑEZ	440
BANCO DE LA REPUBLICA	902
CARLOS ALBERTO MARIN RAMIREZ	71
CARLOS FERNANDO OSSA GIRALDO	411
CECILIA TARAZONA ALVAREZ	958
CLUB 74	971
COMITE NACIONAL DE PENSIONADOS	871
CORPORACION UNIVERSITARIA ANTONIO NARIÑO	445
EDGAR DE JESUS AGUIRRE VILLEGAS	756

Página.

EIXENOVER QUINTERO CELIS	395
ELIAS ALFONSO DAZA RINCONES	435
ENRRIQUETA TORRES VANEGAS	726
ERNESTO AREVALO GONZALEZ	41
ERNESTO VILLEGAS DUQUE	532
EVA CECILIA LOPEZ RUEDA	922
FABIO BONILLA FERNANDEZ	419
FABIO DE JESUS OSORIO VALENCIA	789
FERNANDO SANCHEZ	751
GERMAN ALFONSO OLIVEROS	451
GUILLERMO ERASSO ROSERO	875
GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ Y OTROS	691
HECTOR GONZALO RODRIGUEZ ROJAS	890
HECTOR PABLO RAMIREZ SANDOVAL	370
HENRY NEYRA MARIN	372
JAIME ARTURO BETANCOURT GONZALEZ	616
JESUS VALLEJO MEJIA	668
JORGE ELIUD VILLA TABORDA	942
JORGE JESUS MURCIA	405
JORGE JIMENEZ PIANETTA	949
JORGE SANTOS BALLESTEROS	523
JOSE E. ARBOLEDA VALENCIA	856
JOSE JAMES CHAVEZ MUÑOZ	610
JOSE ORLANDO ZULUAGA S.	762
JUAN MANUEL ARRIETA HERRERA Y OTRO	594
JULIO CESAR QUINTERO LATORRE	906
LUIS ARNOLDO BLANCO ROJAS	780
LUIS CARLOS SACHICA APONTE	494, 784
MANUEL DE JESUS CARVAJALINO SANCHEZ	880
MANUEL ENRIQUE GONZALEZ PARRA	801
MARIA CONSUELO TRUJILLO GARCIA	361
MARIA DEBORA MANZANO DE LLANOS	731
MARIA MERCEDES CAMACHO DE PINZON	511
MARICEL CRUZ MORENO	546
MARIO ARCILLA ROMERO	932
MAURICIO GONZALEZ M.	378
MAXIMILIANO OLAYA RESTREPO	775

	Página.
MUNICIPIO DE CALOTO (DEPARTAMENTO DEL CAUCA)	561
MUNICIPIO DE SAN CARLOS	683
MUNICIPIO DE VALPARAISO	399
NELSON CALDERON MOLINA	365
OLGA LUCIA BOTERO TORO	625
ORLANDO GIRALDO GONZALEZ	811
OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO	641
OSWALDO HERNANDEZ ORTIZ	582
PARTIDO COMUNISTA COLOMBIANO	464
PATRICIA MIER BARROS	570
PEDRO ANTONIO HERRERA MIRANDA	978
PEDRO ANTONIO RODRIGUEZ RUBIANO	95
RAFAEL ANGEL CELIS RINCON	745
RICARDO ALBERTO MONSALVE BUSTAMANTE	722
RUBEN DARIO MALDONADO ORTEGA	795
SINDICATO DE TRABAJADORES DE ENVASES COLOMBIANOS S.A.	964
SOCIEDAD ALBERTO CORREDOR Y CIA. LIMITADA	75
SOCIEDAD ECOSALUD S.A	459
SOCIEDAD REGIE NATIONALE DES USINES RENAULT	650
SOCIEDAD SIMMONS NOMINESS PTY LTD.	430
SOCIEDAD SORTEO EXTRAORDINARIO DE COLOMBIA LTDA. "EXTRADEC LTDA."	485
SOCIEDAD SUCESORES DE JOSE DE JESUS RESTREPO Y CIA. S.A.	845
SUMINISTROS DE COLOMBIA S.A.	863
UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL	926
VICTOR MANUEL LINARES Y OTRO	554

CONSEJO DE ESTADO

RELATORIA

INDICE TEMATICO

TERCER TRIMESTRE DE 1993

(Primera parte)

SALA PLENA

C

COMPETENCIA (Salvamento de voto) 23,30
COMPETENCIA 39,40
CONGRESISTA 39, 40, 95
CONGRESISITA - Inhabilidades 114
CONGRESISTA (Salvamento de voto) 109
CONSEJO DE ESTADO 39,40
CONTRATO ADMINISTRATIVO-Incumplimiento (Aclaración de voto) 88

D

DEBIDO PROCESO (Salvamento de voto) 18
DIPUTADO 114

E

EMPLEO DE ELECCION POPULAR 114
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (Salvamento de voto) 111

I

INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS 95
INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS (Aclaración de voto) 101, 103

INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS
(Salvamento de voto) 111
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Aclaración de voto) 86, 88, 92
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Improcedencia
(Aclaración de voto) 90
INSUBSISTENCIA NORMATIVA (Salvamento de voto) 18
INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE
(Salvamento de voto) 18
INVESTIGACION DISCIPLINARIA
(Salvamento de voto) 32, 34

J

JURISDICCION ROGADA 75

L

LICITACION PRIVADA - Naturaleza
(Aclaración de voto) 86

M

MULTA 9

N

NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal
(Aclaración de voto) 107
NORMA LEGAL- Insubsistencia (Salvamento de voto) 18

P

PECULADO 40
PERDIDA DE LA INVESTIDURA 39,40,114
PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Causales 40, 95
PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Causales
(Aclaración de voto) 40, 101, 103
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales
(Salvamento de voto) 111
PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Desistimiento 132

PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Naturaleza
(Salvamento de voto) 105, 111
PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Procedimiento
(Aclaración de voto) 107
PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Requisitos 39
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Requisitos
(Salvamento de voto) 109
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Retiro 132
PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Trámite 39, 114
PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Trámite (Aclaración de voto) 40
PERDON JUDICIAL (Salvamento de voto) 36
PERDON JUDICIAL
(Salvamento de voto) 36
PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO
(Aclaración de voto) 88
PREJUDICIALIDAD - Inexistencia
(Salvamento de voto) 105
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA 75
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA
(Salvamento de voto) 93
PROCEDIMIENTO ORDINARIO 114
PROCESO ORDINARIO 39

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION-Improcedencia 71
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA
(Salvamento de voto) 93
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Improcedencia 75
RECURSOS- Improcedencia 71
REGLAMENTO DEL CONGRESO - Inconstitucionalidad
(Salvamento de voto) 105, 111
RENUNCIA 114
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
(Aclaración de voto) 86,92
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL- Improcedencia
(Aclaración de voto) 90
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
(Aclaración de voto) 86

S

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 39, 40
SANCION CORRECCION- Improcedencia
(Salvamento de voto) 32
SANCION CORRECCIONAL 9
SANCION CORRECCIONAL (Salvamento de voto) 30
SANCION CORRECCIONAL-Improcedencia (Aclaración de voto) 28
SANCION CORRECCIONAL- Improcedencia
(Salvamento de voto) 25, 32, 34
SANCION PENAL (Salvamento de voto) 109
SANCION POR IRRESPETO A DECISION JUDICIAL 9
SANCION POR IRRESPETO A DECISION JUDICIAL
(Salvamento de voto) 23
SANCION POR IRRESPETO A DECISION JUDICIAL-
Improcedencia (Salvamento de voto) 36
SENTENCIA DE SALA PLENA CONTENCIOSA 71
SENTENCIA INHIBITORIA (Aclaración de voto) 40
SENTENCIA PENAL 40, 95
SENTENCIA PENAL (Aclaración de voto) 40

T

TOLERANCIA (Aclaración de voto) 28
TRANSITO DE LEGISLACION (Aclaración de voto) 103

SALA DE CONSULTA

A

AGENTE DE POLICIA 141
ASOCIACION DE MUNICIPIOS 269
ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS 269
AUTORIZACION 169
AUXILIO DE CESANTIA 157, 275
AUXILIOS 194
AVAL- Improcedencia 212
AVANCES DE CESANTIAS 262

B

BANDA NACIONAL- Régimen aplicable 303
BIBLIOTECA PUBLICA PILOTO DE MEDELLIN 174

C

CADUCIDAD DEL CONTRATO 237
CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO 262
CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DEL CHOCO DIEGO LUIS CORDOBA- Creación 252
CARRERA ADMINISTRATIVA- Régimen especial 316
CESANTIA 252
CESANTIA- Liquidación 251
CESANTIA- Reconocimiento 174
CESANTIAS - Interéses 157
COMPETENCIA 252
CONCEJAL- Inhabilidades 232
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 141
CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO 295
CONGRESISTA- Inhabilidades 232, 330
CONGRESO 252
CONGESO DE LA REPUBLICA 181, 252
CONSEJO DIRECTIVO- Facultades 252
CONSIGNACION EN EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO 157
CONTRATACION ADMINISTRATIVA 164
CONTRATACION DIRECTA 164
CONTRATO- Cumplimiento 194, 195
CONTRATO ADICIONAL - Procedencia 194, 195
CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION 237
CONTRATO A PRECIOS UNITARIOS 164
CONTRATO DE OBRA PUBLICA 164
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS 290
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS (Salvamento de voto) 207
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Improcedencia (Salvamento de voto) 207
CONTRIBUCION A MOVIMIENTOS POLITICOS 169
CONVENCION COLECTIVA- Bonificación 245

CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO 309
CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO- Existencia 186
COOPERATIVAS- Régimen aplicable 269

D

DOBLE ASIGNACION DE TESORO PUBLICO- Excepciones 266
DOBLE ASIGNACION DE TESORO PUBLICO- Improcedencia 234, 286
DOCENTE 234
DOCENTE DE CATEDRA 290, 291
DOCENTE HORA CATEDRA 275
DONACIONES 324

E

ECOPETROL 281
ELECTRIFICACION RURAL 212
EMPLEADO ADMINISTRATIVO NACIONAL 251
EMPLEADO DE DIRECCION Y CONFIANZA 245
EMPLEADO JUDICIAL 242
EMPLEADO OFICIAL 232, 303
EMPLEADO OFICIAL- Inexistencia 290
EMPLEADO PUBLICO- Conversión 245
EMPLEADO PUBLICO- Inexistencia 275
EMPLEADO PUBLICO 309
EMPLEADO PUBLICO NACIONAL 252
EMPLEADOS 174
EMPLEO DE CARRERA 316
EMPLEO PRIVADO 330
EMPRESA EXTRANJERA EXPLOTADORA DE SERVICIOS AEREOS 224
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO 245
EMPRESA NACIONAL EXPLOTADORA DE SERVICIOS AEREOS 224
ENTIDAD TERRITORIAL 194. 195
ENTIDADES PUBLICAS 212
ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO 194,195
ESCALAFON DOCENTE 291
ESTABLECIMIENTO PUBLICO NACIONAL 251, 257
ESTABLECIMIENTO PUBLICO NACIONAL- Creación 252

EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO 164
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD
(Salvamento de voto) 207

F

FACTOR SALARIAL 337
FER DE SANTAFE DE BOGOTA D.C. 157
FONDO DE PASIVOS DE COLPUERTOS- Funciones 186
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES 342
FONDO NACIONAL DEL AHORRO 252
FONDO NACIONAL DEL AHORRO- Aplicación 262
FONDO NACIONAL DEL AHORRO- Funciones 174
FONDO ROTATORIO DE PREVENCION, REPRESION Y REHABILITACION DEL CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES-Estructura 257
FONDO ROTATORIO DE PREVENCION, REPRESION Y REHABILITACION DEL CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES-Naturaleza jurídica 257
FONDOS DE PARTIDOS POLITICOS 169
FUNCIONARIO ADMINISTRATIVO 157
FUNCIONARIO PUBLICO 169

G

GARANTIA DE CUMPLIMIENTO 237
GESTION DE NEGOCIOS 330

H

HIDROCARBUROS 281
HUELGA 295

I

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS 281
IMPUESTOS 224
INDEMNIZACION- Inexistencia 286
INGRESOS OCASIONALES 324
INRAVISION 237
INSTITUCION DE EDUCACION SUPERIOR PUBLICA 290

INSTITUTO DE EDUCACION SUPERIOR 251
INTERESES A LA CESANTIA 174
IRRETROACTIVIDAD 194

J

JUNTA DIRECTIVA- Facultades 309

L

LEGISLATURAS DEL CONGRESO 181

M

MINERALES DE COLOMBIA S.A. 337
MINISTRO 266
MORA 237
MOVIMIENTO POLITICO- Representación Legal 330
MUNICIPIOS- Facultades 212

N

NACION- Funciones 281
NACION- Participación 281
NACIONALIZACION DE LA EDUCACION 342
NORMA CONSTITUCIONAL - Prevalencia
(Salvamento de voto) 207

O

OBLIGACION 237

P

PAGO 237, 252, 342
PAGO PARCIAL DE CESANTIAS 262
PENA DE PRISION 141
PENSIONADO 186
PENSION DE JUBILACION 266
PENSION POS MORTEN- Beneficiarios 342
PERSONA DE DERECHO PUBLICO- Régimen aplicable 269

PERSONAL DOCENTE 342
PERSONAL DOCENTE TEMPORAL 290
PLAN NACIONAL DE INVERSIONES- Inexistencia
(Salvamento de voto) 207
PLAN SECCIONAL DE DESARROLLO 194, 195
PLAN SECCIONAL DE DESARROLLO
(Salvamento de voto) 207
PLANTA DE PERSONAL- Clasificación 309
PLIEGO DE PETICIONES 295
POLICIA NACIONAL- Régimen especial 141
PORCENTAJE- Liquidación 281
PRESTACIONES SOCIALES 290
PRESTACIONES SOCIALES EXTRALEGALES- Vigencia 186
PRESUPUESTO NACIONAL 324
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 337
PRINCIPIO DE LA BUENA FE 194, 195
PRINCIPIO DE LA BUENA FE (Aclaración de voto) 207
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD 266
PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD 224
PROGRAMA DE VIVIENDA- Régimen aplicable 262
PROPUESTA 164
PROVIDENCIA DE CONDENA- Descuento 234
PROVIDENCIA JUDICIAL- Acatamiento 242
PUERTOS DE COLOMBIA- Liquidación 186

R

REAJUSTE AUTOMATICO 164
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA 195
RECURSOS GRATUITOS 324
REINTEGRO 286
REINTEGRO AL SERVICIO 234
REINTEGRO 242
REMUNERACION 291
REMUNERACION- Tope 266
RENUNCIA 232
RESOLUCION DE CADUCIDAD- Revocatoria 237
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 286
RETROACTIVIDAD- Improcedencia 251
RETROSPECTIVIDAD 194
RETROSPECTIVIDAD (Salvamento de voto) 206

S

SECRETARIO GENERAL DE MINISTERIO 232
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD- Efectos
(Salvamento de voto) 206
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD- Efectos 194, 257
SENTENCIA DE NULIDAD 194
SENTENCIA DE NULIDAD- Efectos 194
SEPARACION ABSOLUTA 141
SERVICIO NACIONAL DE SALUD 309
SERVICIO PUBLICO DE SALUD
(Salvamento de voto) 207
SERVICIO PUBLICO DE SANEAMIENTO AMBIENTAL
(Salvamento de voto) 207
SERVICIOS AEREOS COMERCIALES- Explotación 224
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS- Régimen jurídico 181
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS 212
SINDICATO MINORITARIO 295
SISTEMA NACIONAL DE SALUD 316
SUELDO- Descuento 169
SUPRESION DE EMPLEOS 316

T

TEORIA DE LA IMPREVISION 164
TERRITORIOS INDIGENAS (Salvamento de voto) 207
TRABAJADOR OFICIAL 305
TRABAJADORES OFICIALES 245
TRANSITO DE LEGISLACION (Aclaración de voto) 103

U

UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DEL CHOCO DIEGO LUIS CORDOBA 252
UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DEL CHOCO DIEGO LUIS CORDOBA- Naturaleza jurídica 251
UTILIDADES 281

V

VIA GUBERNATIVA 237
VICEPRESIDENTE DE LA REPUBLICA- Inhabilidades 151

SECCION PRIMERA

A

ACCION DE NULIDAD- Improcedencia 570
ACTIVIDAD EMPRESARIAL IGUAL 855
ACTIVIDAD PORTUARIA 474
ACTO ADMINISTRATIVO 372
ACTO ADMINISTRATIVO- Motivación 445
ACTO PARTICULAR 570
ACTO PARTICULAR (Salvamento de voto) 574
ALCALDE- Facultades 419
ANTENA PARABOLICA 378
ASAMBLEA GENERAL - Aprobación 863
AVALUO CATASTRAL 351

C

CAPITANIA DE PUERTO- Facultades 494
CENSO NACIONAL DE POBLACION 365
CODIGO DEPARTAMENTAL DE POLICIA 610
CONCEJAL SUPLENTE 435
CONCEJO MUNICIPAL 435
CONCEPTO DE VIOLACION 411
CONCESION PORTUARIA 451, 474
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL- Facultades
(Salvamento de voto) 471
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO
(Salvamento de voto) 574
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL- Presupuesto 405
CONTRALORIA MUNICIPAL- Funciones 440
CONTRAVENCION ADMINISTRATIVA 372
CONTROL FISCAL MUNICIPAL 440
CONVOCATORIA A ELECCIONES- Improcedencia 399
COSA JUZGADA RELATIVA 411

D

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Naturaleza 615
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Temporalidad 355, 361, 383, 546, 593, 615, 619

DEMANDA- Adición 370
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL- Reestructuración 361
DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION- Atribuciones 650
DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION- Concepto 395
DIRECCION DE ADUANAS GENERALES- Atribuciones 641
DIRECCION GENERAL DE PRISIONES- Facultades 554

E

ECOSALUD 523
ECOSALUD- Naturaleza Jurídica 625
ECOSALUD- Régimen Aplicable 532
ESPACIO PUBLICO 378
ESTABLECIMIENTO PUBLICO 537
ESTATUTO INTERNO 625

F

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 351
FIS- Integración 546
FRANQUICIA EN TELECOMUNICACIONES 389
FRAUDE A LA RENTA DEPARTAMENTAL 372

G

GOBIERNO NACIONAL- Facultades 593, 625, 668

I

ICA- Objetivo 593
ICA- Reestructuración 593, 615
IMPORTACION TEMPORAL DE LARGO PLAZO 641
IMPUESTO DE ANOTACION Y REGISTRO- Recaudación 561
IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO 351
INCORA- Reestructuración 383
INTERES SOCIAL 511
INVERSION EXTRANJERA 650

J

JUEZ DE RENTAS- Naturaleza de sus Actos 372

JURISDICCION ROGADA 411

L

LIQUIDACION DE CORRECCION 641

M

MINISTERIO DE COMUNICACIONES- Reestructuración 619
MINISTERIO DE EDUCACION- Facultades 554
MINISTERIO DEL TRABAJO- Facultades 554, 863
MONOPOLIO DE JUEGOS 459, 485, 523
MUNICIPIO- Creación 395, 683
MUNICIPIO- Inexistencia 399

O

OBRA PUBLICA- Ejecución 511
OPERACION PORTUARIA 474
ORDENADOR DEL GASTO MUNICIPAL 419
ORDENANZA DEPARTAMENTAL- Sanción 683

P

PARTIDOS POLITICOS- Personería Jurídica 464
PARTIDOS POLITICOS- Personería Jurídica
(Salvamento de voto) 471
PATENTE DE INVENCION 430
POLICIA ADMINISTRATIVA 494
PRESUPUESTO MUNICIPAL- Repetición 506
PROMULGACION 610
PROMULGACION DE NORMAS 411
PROTECCION A LA PRODUCCIÓN DE ALIMENTOS 593

Q

QUORUM DECISORIO 435

R

REDENCION DE PENA 554
REGIMEN ADUANERO 668

REHABILITACION CARCELARIA 554
REINVERSION DE UTILIDADES 650
RESIDENCIAS FEMENINAS 537

S

SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL- Clasificación 365
SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES 378
SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES- Cobertura 581
SERVICIO SECCIONAL DE SALUD- Facultades 561
SINDICATOS 863
SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS 485
SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS-Régimen aplicable 625, 532
SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL 474
SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS- Atribuciones 451
SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS- Facultades 474
SUSPENSION AUTOMATICA 405
SUSPENSION PROVISIONAL- Adición 370
SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia 506
SUPRESION DE EMPLEOS 593

T

TELEFONIA MOVIL CELULAR- Cobertura 581

U

UTILIDAD PUBLICA 511

V

VEEDOR DEL TESORO- Funciones 423
VIGENCIA DE NORMAS 411

SECCION SEGUNDA

A

ABANDONO DEL CARGO 721, 745
ACCION PUBLICA DE NULIDAD 855
ACTO ADMINISTRATIVO 810
ACTIVIDAD ECONOMICA 970
ACTO ADMINISTRATIVO (Salvamento de Voto) 848
ACTO DE CONVOCATORIA 691
ACTO DE CONVOCATORIA A CONCURSO 810
ACTO DE TRAMITE 845, 875
ACTO PRESUNTO 774
ACTOS 767
ADMINISTRACION DE PERSONAL- Régimen Aplicable 837
ALCALDE- Prohibiciones 780
ANALOGIA- Improcedencia (Aclaración de Voto) 842, 915
ASAMBLEA GENERAL- Aprobación 863
ASIGNACION DE RETIRO 829
ASIGNACION MENSUAL 751
ASOCIACION DE PENSIONADOS- Control y vigilancia 870

B

BANDA DE MUSICA DEL EJERCITO- Miembro 829
BANDA DE MUSICA DEL EJERCITO- Miembro
(Salvamento de voto) 835
BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA 767

C

CALIFICACION DE SERVICIOS 810, 875
CARRERA ADMINISTRATIVA 906, 880
CARRERA JUDICIAL 810
CLUB MILITAR 978
COMPAÑERO PERMANENTE 701
COMPAÑERO PERMANENTE - Requisitos 701
COMPETENCIA 717, 762, 901
COMPETENCIA (Salvamento de voto) 848

COMPETENCIA POR CUANTIA 751
CONSEJO SUPERIOR 762
CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia 845
CONTROL JURISDICCIONAL (Salvamento de voto) 848
CONVIVENCIA MARITAL- Término 701
CONYUGE SOBREVIVIENTE 700
COSA JUZGADA 870

D

DEBIDO PROCESO 774
DECAIMIENTO DEL ACTO 784,870, 941
DELEGACION DE FUNCIONES- Improcedencia 801
DEMANDA- Interpretación 795
DEMANDA- Requisitos 795
DERECHO A LA REELECCION 810
DERECHO DE ASOCIACION 855
DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL
(Aclaración de Voto) 807
DERECHO DE DEFENSA 774
DEROGATORIA DEL ACTO- Efectos 784
DESCUENTO (Aclaración de Voto) 937
DESCUENTO- Improcedencia (Aclaración de Voto) 842. 915
DESPIDO MASIVO 780
DESTITUCION 725
DESTITUCION- Diferencias 767
DIRECTIVA PRESIDENCIAL - Límites 768
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO- Excepciones 730
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO- Improcedencia 788
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO- Improcedencia
(Salvamento de Voto) 743
DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO 788
DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO 756
DOCENTE UNIVERSITARIO 795

E

EMPLEADO DE CARRERA 906
EMPLEADO DE CARRERA (Aclaración de voto) 824

EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION
(Aclaracion de voto) 824
EMPLEADO DE PERIODO 932
EMPLEADO PUBLICO 801
EMPLEADO PUBLICO (Aclaración de Voto) 807
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION 906
EMPLEO PUBLICO- Inexistencia
(Aclaración de Voto) 842, 915
ENCARGO- Término 896
ESCALAFON ADMINISTRATIVO 818
ESCALAFON DOCENTE 795, 957
ESCALAFON JUDICIAL 810
ESTABILIDAD 810, 906
ESTABILIDAD- Improcedencia
(Aclaración de voto) 824
ESTABILIDAD- Inexistencia
(Salvamento de voto) 825
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS 767
ESTADO DE INVALIDEZ- Determinación 702
ESTATUTO- Aprobación 863
ESTATUTO- Inconstitucionalidad 880
ESTATUTOS- Reforma 863
EXCLUSION DEL ESCALAFON- Inexistencia 957

F

FACTORES SALARIALES 702, 751
FACULTAD DISCRECIONAL 768, 889
FACULTAD DISCRECIONAL- Independencia 889
FUERO SINDICAL 901
FUERO SINDICAL- Beneficiarios 901
FUERO SINDICAL - Levantamiento 901
FUERO SINDICAL (Aclaración de Voto) 807
FUNCIONARIO DE CARRERA 818
FUNCIONARIO DE CARRERA (Salvamento de Voto) 825
FUNCIONARIO DE HECHO 922
FUSION 964

G

GOBERNADOR- Aprobación 767

H

HORARIO DE TRABAJO 788

I

INSCRIPCION AUTOMATICA EN CARRERA- Inexistencia 906
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Aclaración de Voto) 842, 915
INGRESO AUTOMATICO- Inexistencia 795
INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- Facultades 702
INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- Reglamento 700
INSTITUTO POLITECNICO COLOMBIANO- JAIME ISAZA CADAVID 762
INSUBSISTENCIA 725, 767, 788, 780, 880, 889
INSUBSISTENCIA- Improcedencia 906, 932, 957

J

JEFE DE DIVISION 818
JUNTA DIRECTIVA 926
JUNTA DIRECTIVA- Inscripción 964
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 901
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Salvamento de Voto) 848
JURISDICCION ORDINARIA 901

M

MATRIMONIO 700
MIEMBRO - Requisitos 926
MINISTERIO DE SALUD 837
MINISTERIO DE TRABAJO- Facultades 863
MINISTERIO DE TRABAJO- Improcedencia 870

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION 717
NOMBRAMIENTO EN OTRO CARGO 818
NOMBRAMIENTO EN OTRO EMPLEO (Salvamento de voto) 825
NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION 795

O

ORGANIZACION 901
OSCILACION 829

P

PAGO 717
PENSION DE JUBILACION 700, 717, 730
PENSION DE JUBILACION (Salvamento de voto) 743
PENSION DE JUBILACION- Liquidación 702
PENSION DE JUBILACION- Reconocimiento 717, 774
PENSION DE JUBILACION- Requisitos 717
PENSION DE JUBILACION POR APORTES 702
PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA 941
PERIODO DE PRUEBA 880
PERMISO SINDICAL PERMANENTE- Improcedencia 801
PERMISOS SINDICALES PERMANENTES
(Aclaración de voto) 807
PERSONAL CIVIL DEL EJERCITO
(Salvamento de voto) 835
PERSONAL DOCENTE 788, 957
PERSONAL DOCENTE- Incompatibilidad 756
PERSONAL MILITAR- Asimilación 829
PERSONERIA JURIDICA 855
PERSONERIA - Improcedencia 855
POTESTAD REGLAMENTARIA 700
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites 701, 702
PRESCRIPCION 896
PRESTACIONES SOCIALES 829, 922
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL 795
PRIMA TECNICA- Inexistencia 751
PROCESO DISCIPLINARIO 745, 889
PROFESIONAL UNIVERSITARIO 788
PROVIDENCIA DE CONDENA 937
PROVIDENCIA DE CONDENA (Aclaración de voto) 842, 915

R

REAJUSTE PENSIONAL- Requisitos 700
RECLASIFICACION AUTOMATICA EN EL ESCALAFON- Inexistencia 818

RECTOR- Funciones 762
RECURSO DE REPOSICION- Improcedencia 949
REINTEGRO 949
REINTEGRO- Efectos
(Aclaración de voto) 937
REINTEGRO- Improcedencia 922
REINTEGRO- Lugar (Salvamento de voto) 955
RENUNCIA- Aceptación 721
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(Aclaración de voto) 937
RETIRO DEL SERVICIO 700
REVOCATORIA DE INSCRIPCION - Improcedencia 964
REVOCATORIA DE NOMBRAMIENTO- Diferencias 788

S

SALARIO 896
SALARIO- Cobro 896
SALARIO-Compatibilidad 700
SALARIO ASEGURADO 702
SECTOR PRIVADO- Régimen Aplicable 700
SENA 880
SENTENCIA DE DIVORCIO 701
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD- Efectos 941
SEPARACION DE CUERPOS 700
SEPARACION TEMPORAL DEL SERVICIO 978
SERVICIO ACTIVO- Retiro 978
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO 717
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO- Inexistencia 949
SINDICATO 855, 926, 964
SINDICATO - Aplicación 855
SINDICATO DE INDUSTRIA 970
SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA GASTRONOMICA
Y HOTELERA- Personería Jurídica 970
SINDICATOS 863
SINDICO GERENTE- Facultades 767
SISTEMA NACIONAL DE SALUD 837
SOCIEDAD CONYUGAL- Disolución 700
SOCIO EJECUTIVO 978
SUSPENSION EN EL ESCALAFON 957

SUSTITUCION PATRONAL 964
SUSTITUCION PENSIONAL 701
SUSTITUCION PENSIONAL- Beneficiarios 700, 701, 702
SUSTITUCION PENSIONAL- Compatibilidad 730
SUSTITUCION PENSIONAL - Incompatibilidades
(Salvamento de Voto) 743
SUSTITUCION PENSIONAL- Improcedencia
(Salvamento de Voto) 835
SUSTITUCION PENSIONAL- Liquidación 829
SUSTITUCION PENSIONAL-Objeto 730
SUSTRACCION DE MATERIA 784

T

TEORIA DE LOS MOVILES Y FINALIDADES 855
TESORERO MUNICIPAL 780
TEXTO DE ENSEÑANZA 774
TEXTO DIDACTICO 774
TIEMPO DE SERVICIOS 774
TRABAJADOR - Prohibición 855
TRABAJADOR OCASIONAL- Inexistencia 926
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 751
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO- Convocatoria 845
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO (Salvamento de voto) 848

V

VACANCIA 896
VACANCIA DEL CARGO 745
VIA GUBERNATIVA- Agotamiento 949
VIA GUBERNATIVA- Improcedencia 774